Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX J
C
4
NAPOLI

4

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



COLONIÆ AGRIPPINÆ.
SVMPTIBUS ANDREÆ BINGEN BIBLIOPOLÆ IN LAVRETO. MDCLIIII.
Cum Privilegio S. Cæs. Maiestatis.

BACHOVIUS AUGMENTATUS

Ideſt

CL. V. REINHARDI BACHOVII ECHTII,

J.V.D.

NOTÆ ET ANIMADVERSIONES

AD

DISPVTATIONES

HIERONYMI TREUTLERI I.C.

Nunc demùm.

Conſectarijs Additionibus ad Volum. Poſt. ſingulas diſputationes ex jure theorico, practico, publico & militari, quæ tam à Treutlero quam Bachovio prætermiſſæ fuerunt, adauctæ & locupletatæ.

Opus omnibus tam in theoriâ quam in praxi verſantibus utiliſſimum.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,
APVD ANDREAM BINGIVM BIBLIOPOLAM
ANNO M. DC. LVIII.
Cum Privilegio S. CÆSAREÆ MAIEST.

Digitized by Google

Generoſis & Prænobilibus

Clariſſimis, Conſultiſſimis & Ampliſſimis Dominis Sereniſſimi Electoris Brandenburgici Conſiliariis Status ſeu Regiminis in Ducatu Clivenſi & Marchiæ Comitatu.

Dn. VVIRICO à BERNSAVV,
Domino in Bellinghoven.
Dn. FRIDERICO ab HEIDEN,
Domino in Radt,
Dn. CONRADO de STRUNCKEDE,
Domino in Strunckede.
Dn. ARNOLDO ADRIANO de BILANT,
Domino in Halt.
Dn. ALBERTO GISEBERTO de HUCHTENBROCH,
Domino in Gartorff & Horne,
Dn. JOANNI à DIEST Vice-Cancellario.
Dn. Doctori JOANNI MOTZFELD.
Dn. Doctori WILHELMO BACHMAN.
Dn. Doctori JOANNI STEINBERG.
Dn. Doctori DANIELI WYMAN.
Dn. Doctori ADAMO ISING.
Dn. WERNERO WILHELMO BLAESPIEL.
Dn. HERMANNO de ELVERICH condicto HAES,

Dominis ſuis gratioſis & benevolis.

Digitized by Google

DISPVTATIO I.
DE IVSTITIA ET IVRE

Reſpondente

M. ANDREA LUDOVICO SCHOPPERO Onolsbacenſi Franco.

THESIS I.

LIT. A.

IUS *illud primum à iubendo.*]otioſe hæc notatio repetitur *th* 3. *lit. C.* nec recte hic ad ſpeciem accõmodatur notatio toti generi communis, quam etiam ut talem proponunt *Curt l. coniectur. 1. Don. 1. commen 4 & 5. & 2. commen. 1. Char. 1. Veriſ. 1.* Eſt ea notatio partim Grammatica, unde apud Feſtum, Iura Iuſſa, quod antiquis litera R. non in uſu: partim a reipſa, quod cives ſecundum ius vivere iubentur, & princeps virtus legis eſt imperare *argum l. 7. de legib. de quo d. th. 3. lit. C.* Cæterum cum tradatur Etymologia iuris, non bene ut diſſ. adducitur Alciat. apud quem tamen toto paradox opere nihil tale.

LIT. B

Non enim qui facit iuſte.] rectius, iuſta: quia iuſte agere Philoſophis notat actionem ex habitu vel diſpoſitione fluentem.

Per metonomiam ſubiecti.]ergo Iuſtitiæ ſubiectum erit voluntas, & ita Ariſtoteles 5. Eth. apud quem etiam nihil ejuſmodi, non recte advocatur, ex cujus ſententia omnes virtutes morales in parte animæ appetente. Stoicorum illa perhibetur opinio, itemque Thomæ & aliorum teſte *Picol. gr. 4. Phil. Moral. c. 11. Ariſtot. li 5. Eth. 1.* Iuſtitia deſcribitur habitus, ſecundum quem homines volunt & agunt iuſta. ex quo eam in voluntate tanquam in ſubiecto eſſe, minime conſequitur: & fortaiſſe ICti juſtitiam, quaſi in actu aut prope actum definire voluerunt, quia habitus movet voluntatem, *ut Ehem. 5. d. princ. 5. poſt VVeſemb. in parat. hic. Cui. in not. ibid. Don. 1. comm. 16 & 2. comm. 1.*

Eleganter Cuiacius.]Dicitur apud *Gellium* 17. *c. 5.* Liberalitas conſtantia perpetuæ benignitatis: Ubi utique benignitas non habet locum ſubiecti. Imitabor rectius, ſi dicam, conſtantia perpetuæ rectitudinis aut æqualitatis: quod alias hæc deſcriptio cõſtantia perpetuæ voluntatis ſit communis omnibus virtutibus.

Ex quibus apparet, nec inter.]conſequentis rationem non video, quia licet explicato tropo: dicas eſſe voluntatis perpetuum & conſtantẽ habitum, eadem obiectio manet, ejuſmodi habitus hominem non eſſe capacem: quam nec evitare poſſis, niſi verbis illis pinguius acceptis cum *Ethemio 5 de princ iur. 5.* ut intelligatur conſtans juxta conditionem humanam, in quantum eſt poſſibile *Bartol. in l. Iuſtitia h. t. Ang. Ioh. Fab. Port. in princip. I. h. t. quam communem eſſe explicationem Dd Iaſon in d. l. in fin. teſtis eſt* Neque tamen, ſi proprie accipias vitioſa erit definitio, quæ tem qualis eſſentia ſua eſt, non ad conditionem ſubiecti, deſcribit: quod familiare fuiſſe Ariſtoteli, notat *Flamin. 1. d. felic. 14* quomodo ab Ariſtotel. fel citas, à Platone Reſpubl à Xenophon. princeps, à Cicerone orator, ab Onoſand. Dux à Caſtilion. & Torquato Taſſo & alijs politicis aulicus & legatus deſcribuntur, & à Stoicis vir bonus & ſapiens, quem ipſe Seneca vix 500. annis ut phænicem ſemel apparere ait. Et ſi nulla virtus ſola, ſed ubi una in perfecto ſc. gradu, ibi omnes, quæ concordans Philoſophorum ſententia eſt, vix unquam verus virtutis alicuius habitus in homine erit. Scilicet, ut Cicero alibi loquitur, non vivitur cum perfectis & bene nobiſcum agitur

gitur, ſi initia virtutum habeamus. Secundum quæ diſtinctio inter concrerum & abſtractum improbanda non eſt, quæ etiam placet *Bald. in l. iuſtitia h.t. proponitur: & refertur à Port. ad princip. th.* 1. quod ſit inconſtans non ratione eſſentialitatis juſtitiæ, ſed pravi contenti, quod eſt homo, à qua nō videtur abire alia inter eſſentiam & exiſtentiam: etenim adductam à Tr. inter habitum & actum non ſatis capio, neque recte virtutem in abſtracto conſideratam, in habitu dici exiſtimo. Illi nec refutatione digni, qui ſequuti primam opinionem gl. intelligunt definiri juſtitiam divinam, quæ utique finis ICti aut Iuriſprudentiæ non eſt: à quo in diſciplinis practicis initium ſumi ſolet, & ſuavis ratio Hottom. quod Iuſtitia Romanis, culta pro Dea: quaſi vero Dea poſsit dici volūtas.

Ex hoc autem.] Mala hæc collectio eſt: iudicis arbitrio relinquendum non eſt, &c. quia juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas. Mēbra inter ſe non cohærent, Iuſtus, videlicet quia in eo talis habitus eſt, ſemper conſtanter ex eo aget: ſed neo cujuſvis civis, & omnes tamen juſtitiam colere debent, officium in judicando occupatur: quin eum qui in Republic. quales pleræque ſunt, vulgari, in qua LL non ad veram juſtitiæ normā omnes & ſemper formatæ. & in qua non idem vir bonus & civis bonus, illam rectitudinis cōſtantiam ſive voluntatis conſtantem rectitudinem, aliquantum obliquare, & ad ſtatum Reipubl. accommodare, nec raro cum mutatis LL. ipſum mutari oportet, quia vt docet *Ariſtotel. 7. pol. 15.* alia eſt juſtitia conſiderata abſolute, alia, ad ſtatum civitatis: in quo vera ratio eſt, ob quam iudicem oporteat ſequi, quod jure deciſum eſt, cum etiam teſte Socrate apud Xenoph. id iuſtum habendum ſit, quod in civitate LL ſancitum eſt.

Vel per argumenta] Male hæc duo copulantur, male utrique eadem authoritas tribuitur, quod deciſum in terminis, & quod argumentando elicitur: quia in hoc ſuo quiſque judicio plurimum tribuit, & habeat aliquis pro demōſtratione, quod alteri nec ἔνδοξον ſit probatio: & æquilibriū iſtud rationū vtrinq; recte perpendere, adhuc longe fuerit difficilius.

Ac proinde nulli] Nulla hic etiam conſequentia: quia omnes caſus ſub iſta duo capita præmiſſa revocari non poſſunt: multa arbitrio judicis committenda, multa in quibus lex deficit, æquitatis arte ſupplendæ: quid dicā quæſtiones juris mere civilis, opinionibus interpretum ita utrinque agitatas, ut ipſis aqua hæreat? alibi videas deciſionem imperatoriam requiri, alibi opinionem communem contra communem adduci: Hic niſi conſcientia alio vocet iudicem, caſum pro amico quæremus, & in quæſtione adeo incerti iuris, vt pro amico iudicetur permittemus: cum Philoſophi etiam amici cauſa de via declinandum permiſerint, vt eſt apud *Gell. 1. noct.* 3. Neque hic ſtatuimus talem reſpectum perſonarum, qui impediat adminiſtrationem & executionem iuſtitiæ: quo pertinet *l. 13. inf. cum l ſeq. ad Trebell* neque talem qui deflectat à iuſtitia, qualem intelligit Teſſeum: qui tales caſus appellat pro Diabolo.

Vide graviter.] Teſſaurus loco citato valde paucis verbis & ieiune hac de re diſſerit: ſed de iudicibus licentiam iudicandi ut velint, recte negat, ex ea autem nullos caſus pro amico eſſe male infert: & ipſe Tr. in f l. t. ubi ius incertum eſt, ad compoſitionem partes vult compelli: vbi ſi iudicandum ſit iudici, ſalva conſcientia alterutram opinionem ſequi poterit. Ibid. quod Theſaur, Tribonianum ob LL. ſæpius & forte in gratiam privatorum mutatas, reprehendit, à Tr. male huc accōmodatur.

Alias non de nihilo eſt iſta criminatio, & deſultoria iſta levitas in ſubinde figendis & refigendis LL. non probanda (licet hoc prava iudicio laudi Triboniani, id tribuat Procopius, quod in id totus intentus fuerit, & hoc unum egerit, ut quotidie novas LL. promulgaret) ſed damnanda eſt, quod nihil magis legum autoritatem à qua ſola earum vis dependet, convellat, quam crebra mutatio: qui locus communis a Politicis tractatur: Acerbius de Tribon. Suidas: quod corruptus precio leges in diem ſanxerit, prout cuiuſque exegerit neceſsitas: & in eo morbum avaritiæ notat Procop lib. d. reb. perſ. quem tamen obumbratum fuiſſe ait τῇ περιβολῇ τῆς παιδείας.

Verum eſt non niſi unum.] Cum res iudicata pro veritate accipiatur, fit ut aliquando contra idipſum, quod in rebus ipſis verum eſt, aliud diverſum exiſtat verum judiciale: quomodo verum dicitur, quod in iudicio iure receptis modis iudici probatur: quod non diſcordat ab eo, quod Lege Dei in ore duorum vel trium debet ſtare omne verum, de quo pluribus diſput.

Digitized by Google

put. 12 An iudex ſecundum conſ. an acta iudicare debeat.

Ita & iuſtum reſpectu eiuſdem obiecti.] Hoc ptiori longe falſius, quod hoc tantum verum in iuſto ſive jure primo, non in iure poſitivo, quod teſte *Ariſtot. 5. Ethic.* ex ſe iuſtum non eſt, ideo neque apud omnes, neque apud eoſdem ſemper iuſtum: quin amplius ubi de iure quod ex circumſtantijs variatur, aut non deciſum opinionibus interpretum agitatur, quo quidẽ hæc diſputatio Tr. pertinere videtur, eod. tempore idem juſtum & injuſtũ videri poteſt.

Sicut verum ita & iuſtum.] Liquet ex dictis & per ſe conſtat, longe maiorem veri ſimplicitatem & certitudinem eſſe, eoque hanc veri & iuſti comparationem non recte ſe habere.

Ex his efficitur falſum eſſe, quod Tr. tantum reſpectu noſtri & per accidens jus incertum eſſe ait. Ipſius quidem ibid. improbandum conſilium, vt in re dubia res dividatur, aut partes tranſigere compellantur. Tentare hoc debet iudex, compellere non debet: & rẽ dividere fortaſsis ſit arbitri, numquam iudicis, cuius eſt, accuratè in rem inquirere, & prout religio ipſi ſuggeſſerit; pronunciare *l. 79 de iud.* Textus allegati nihil probant. *Zaſ. in l 2. § ex his d. V. O* de caſu ſingulari compellendi loquitur, & diviſionem in quæſtione poſſeſſionis, nec hoc tamen ſatis bene, admittit. Cuiac. non de dividenda re, ſed media ſententia eligenda tractat. Menoch & Theſſaur. varias opiniones referunt, ipſi conſilium Tr. nec probant, nec hic ſecundum illud iudicatum eſſe atteſtatur.

Lit. C.

Apud Plat. 1. de Republ. hæc tantum nuda deſcriptio iuſtitiæ extlat, τὸ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. Eam deſcriptionem & adeo etiam ICti & Iuſtin. contra. Tr. autumo eſſe iuſtitiæ univerſalis, cui etiam ſoli adæquata eſt differentia: quod oportet ſuum cuique tribuere, ſecundum omnes LL. & omnes virtutes, quas ſub ſe comprehendit iſta iuſtitia, hoc ſaltem à virtute in genere diverſa, quod in relatione ad alios ſpectatur: quam etiam ICti & Iuriſprudentiæ finem eſſe probat N. 69. nec minus late patet officium ICti, interpretando, & ad caſus ſingulares applicando, quam Legiſlatoris ſanciendo Leges: Errant qui iſtud intra cancellos forenſium cauſarum concludunt: aliud advocatus, aliud ICtus eſt; licet forte apud populum aliquem officium ICti anguſtioribus finibus circumſcribatur.

Firmatur id ex diſputatione Platonis, 3. d. Republ. ubi ait, quod neceſſitas introduxerit Iuriſprudentiam: quia cum LL. & brevitate ſua & generaliter omnes caſus, partim ob ignorantiam Legiſlatoris, & factorum, quam varietas circumſtantiarum parit, infinitum, comprehendere non poſſint, ICto opus eſt, qui defectum iſtum per interpretationem Legum omnium & juris ad facta ſingularia applicationem ſuppleat. Ariſtoteles nos non oppugnat, qui iuſtitiam ita non definit, eam in genere acceptam univerſalem & particularem diſtribuit: quomodo & in genere definita hic dici poteſt juſtitia. Quod interpp. omnes Ethic. adducit, audaciuſcule facit, & lectori imponit: Et nos cum ea publice interpretatemur, aliquam multos, plus minus viginti, inſpeximus, & omnes illi defugiunt authoritatem: Philip. tantum iſtud affirmat, ratione ſed id confirmat nulla.

Lit. D.

Derivationem iſtam nihil moror, nec autores allegatos: (inter quos falſo citatur Auguſt.) Videtur mihi illa alluſio eſſe, Ius dictum à juſtitia: quam à re ipſa confirmat: quod Ius ſit ars æqui & boni: quia Iuſtitia poſita eſt in præſtatione æqui & boni, ideo Iuriſprudentia vel ipſum ius, quod ad æquum bonum collimat, à Iuſtitia eſſe videntur: & igitur iſtud & ad jus & artem juris referri poteſt: quæ ſententia eſt Donelli male improbata à Tr. *adde Caron d. 1 veriſim* Et ergo poſſit videri non ſatis ad mentem ICti ea ratio, quod jus fluxerit ex fontibus juſtitiæ. Illa probatio, jus ſumi, pro juris arte, ab appellatione ſtudioſorum juris, nulla eſt: quia nihil neceſſe eſt ita ibi verbum juris explicari: & nulla confirmatio, quia ſumantur pro Iuriſperitis; quoniam nulla alia in his, quam in illis Iuris ſignificatio Iuris ſtudioſos, eiuſdem peritos fuiſſe præter *l. 1. de off. aſſ. decet etiam l. 9 § 4. de pœn l. 4. de extr cognit. Sueton. in Neron c. 32. Gellt. 12. c. 13.* Sed eoſdem etiam ICtos vel anteceſſores habitus fuiſſe nõ dixerim, quæ forte nomina ijs propria, qui facultatem reſpondendi à principe acceperunt, iuxta *l. 2 § 47. d. O. I.* niſi fortaſſe ſicut Philoſophi, modeſtiæ cauſa ita ſeſe appellitaſſe quis ſuſpicetur,

Digitized by Google

THESIS II.

Lit. A.

EOque ſenſu ius accurate.] Atquin, quod differentia adjecta oſtendit, juriſprudentia hic non definitur, ut methodice traditur, ſed ut habitus practicus, quo ſenſu non ars ſed prudentia dicenda eſt: quod ipſum in allegatis animadvertit Tr. in hoc falſus; quod ſæpius ita definiri exiſtimare videtur. Rectius *Charond. 1. veriſim.* 1 quod ſit doctrina bene & apposite ad factum de jure reſpondendi. Plane ex duabus rebus quibus prudentia juris continetur, cognitione legum, & facultate quadam, etiam ubi jus deficit de facto reſpondendi, poſterior hæc pars dignior & difficilior, ex eaque magis æſtimandus eſt ICtus, teſte *Coraſ. d. art. iur* 17. cui eſt diſciplina quædam boni & æqui regulis concluſa. Poſsit & dici prudentia, per remedia certa perſonis ſuper rebus juſtitiam adminiſtrandi.

A fine principaliori]Obſcuriora hæc, ſi ita explices rectè ſe habebunt, quod hæc diſciplina prudentia potius, ob communem cum ipſa finem, quam ars ſit appellanda: ſed tamen non rectè dicitur finis principalior, quia nullo modo & nullum finem cum arte communem habet: & accuratius loquendo diſtinctio prudentiæ & artis ab obiecto petenda eſt, per tradita ab Ariſt. 6. Eth. 4. 5 & 8.

Non ſimulata Philoſophia hoc eſt, &c.] Obſcurum & hoc, nec Ethica Philoſophia ſimulata dicenda videtur, & de eo nihil apud Ariſtotelem 2. Eth. Ita iuvabis Treutletum: ſi ex eorum ſententia locutum dicas, qui Ethicam nõ partem contradiſtinctam politicæ, ſed communem faciunt, politicam ſpecialem, quæ præcepta generalia accommodat ad ſocietatem civilem, & ita ad hypotheſin deducat Iuriſprudentia, Cæterum ita opponerut Ethicæ, quod præcepta nuda longe minus efficaciæ habent, quam præmia & pœnæ ad faciendos bonos teſte ipſo *Ariſtot. 10 Eth. ult.* Videri & poſsit *in l. 1. de iuſt. & iur.* Philoſophia practica oppoſita contemplativæ, quam & Reip. & ad formandos mores inutilem non attigiſſe Socratẽ teſtis eſt Xenoph cuius adeo ſtudia ex eo dicta περιττα Ariſt. 8. *polit.* 2. & ibi Victorius: & ſcil. hoc reſpectu Iuriſprud. dicetur Philoſophia non ſimulata.

Quæſtio de jure in artem redigendo ſimplex non eſt: Equidem quatenus ſumitur pro facultate ex æquo reſpondendi, artis formam non recipere conſtat: eoque male Tr. adducit *l. 1 h. t.* ubi dicitur ars æqui & boni. Et inter Iuriſprudentiam abſolute & ad aliquam Rempublic. conſideratam, fuerit diſtinguendum. Bodini & aliorum, qui Ius Rom. in artis formam redigi poſſe negant, oppido quam frivolæ ſunt rationes, nobis ſuffecerit vel autoritas *Cic. 1. de Orat.* quem etiam libellum de Iure civ. in artem redigendo ſcripſiſſe tradit *Gell. 1. noct.* 22. Cæterum omnem formam methodo Tribon cum Tr negare nolim: & contra eundem, utcunque ex aliorum methodicis operibus unum opus conſtituatur, non tamen ob id Iuriſprudentiam præſertim ad Rempubl. & forum noſtrum recte ſe habituram, & illud votũ & conſilium Tr. ut ex omnibus methodicis ſcriptis, &c. vanũ exiſtimo. *v. etiam Alb. Gent. 2. lect. 11. Mercer. 1. opin. 1. Char. 1. veriſim. 1. Ethĩ. ult. d. princip. Iur. penult. & ult. Fab.* in præfat. ad Rationalia & Iuriſpru. Papin. cuius illud tamen aperte falſum, quod Iuriſpru. noſtra forte tam certa habet principia quam mathematica, quia qualia obiecta talia ſunt principia: & vere Ariſt. 1. Eth. de obiecto diſciplinarum practicatum: τὰ καλὰ ϗ τὰ ἀγαθὰ πολλὴν ἔχει, πλάνην ϗ διαφοράν.

Lit. B.

Multa æqua non eſſent, &c.]Ergo ex ſententia Tr. acceſſione boni quicquid legibus ſancitur, fiet æquum. Quod magis eſt ut falſum ſit, etiam politice, quo ſc. ſenſu bonum eſt, quicquid Reipubl. utile eſt, id autem omne æquum non eſt: quod præter alia oſtenditur ipſo exemplo uſucapionis, quæ bono publico defenſa *l. 1. de uſucap.* aliquid iniquitatis præſertim ad iuris veteris rationem habet *argum pr. I. d. uſucap. l. un. in pr. C. de uſucap. transf.* & ſecluſa circumſtãtia boni publici uſucapionis ius defendi non poſſit, quod recte docet *Molina tract. 1. de iuſt. & iur diſput.* 4. quæ etiam ſententia non omne bonum eſſe æquum eſt *gl. & Dd. in l. 1, h. t. Paul. d. Caſtro in l placuit. C. d. iud.*

Eſt autem æquitas.] Sive æquitatem ſumas pro habitu, ſive pro ſuppletione iuris ſcripti, ſive pro ipſo æquo, non recte dicitur proportio duorum vel plurium. licet æquum ſicut iuſtum poſſit dici conſiſtere in quadam proportione.

Cui ſummum ius.] Cum ſummum & ſtrictum ius pro iiſdem accipiat, admitti non poteſt, ſtrictum ius legibus expreſſum, ſummam eſſe iniu-

Digitized by Google

iniuriam: & hac ratione ſaltem pugnare dicitur æquitas cum iure ſtricto, quatenus hoc ſignificat rigidam obſervantiam & captationem verborum, cum neglectis circumſtantiis ius univerſale facto ſingulari applicatur, & ita mens legislatoris circumvenitur: de quo bene *Con.1.comm.11.n.3 Ethem.5.de prin iur.ult.*

In eo tamen male] Hæc diſtinctio non quidem recte applicatur ad *L.8.C.de iudic.* ſed alias tolerari poteſt, & ad rationem noſtri iuris, cuius præcipuam partem faciunt reſponſa & interpretationes ICtorum, quibus paſſim in ore æquitas, & alias ſub generali appellatione iuris æquitatem contineri, aliquot locis in Sulpitio ſuo probat Freherus. Eſt plane ſpeciali ſignificatu æquitas ſuppletio iuris ſcripti, in caſu quo deficit Lex. *Ariſtot.5.Eth.* 10. *de quo etiam plura apud. Bud.in l.1.h t.*

Quæſtio an æquitas rigori iuris præferenda non ad Imperatorem aut ICtum, niſi quatenus hic à iudice conſulitur: ſed iudicem pertinet: in qua expedienda Tr. paulo obſcurius loqui videtur. Summa hæc eſt, quod aut rigor in caſu ſingulari expreſſus eſt & ſolius principis eſt rigorem mitigare *l.1.C.de legib.* ſicut hic etiam adeundus ubi verbis legis ambiguis neſcitur, an caſus comprehendatur *Conan.1.comm.11.Fach.1. contr.3.* quem male aliter ſentire Tr. ait: & ita rigorem l.12. qui & à quibus, &c. improbarunt *Impp. in l.32. C. de adult.* neque enim licet ſequi prætenſam capitis ſui æquitatem contra *LL.ut Caſtr. in l.8. C. de ind.* aut rigor generalis eſt, & ab eo iudici recedere licet ob circumſtantias quæ variant caſum, & efficiunt ut is lege generali omiſſus videatur, ob conditionem legis, quæ generaliter fertur *l.12 d LL.* aut legislatoris, qui caſus omnes cōprehendere vel non potuit, vel noluit. *Con.1. comm* 11.2. vidit hoc ex antiquis *Cyn. qui in l.8. C.d.ind.* ſi rigor ſit caſus L. ſcriptus, omnino ſervandum ait; ſed ubi rigor iuris eſt ſcriptus in aliquibus terminis, & dubitatur de quibuſdam terminis, qui non omnino ſimiles ſunt æquitas non ſcripta ſervabitur: nec aliud ſentit *Paul.de Caſtr.in l.1.C.de LL.inf.* quando, inquit, caſus non reperitur ſpecialiter deciſus, debet & poteſt iudex iudicare ſecundum æquitatem.

Iuſtitia æquitatis, quaſi dicat, &c.] Vitioſa hæc explicatio, ꝙ & diverſa ab æquitate æqualitas, neq; omne ius ſcriptum ſummum, & illud evadere in ius ſummum hic extra ſcopum eſt. Nō videtur valde laborandum de illis verbis, quorum alias ſimplex hic ſenſus, non eſſe veram iuſtitiam, quæ corticem rigidum verborum ſequatur, nec temperetur æquitate: quin & ipſa æquitas iuſtitia quædam eſt, *Ariſt.5.Eth.*10. & pro æquitate eam ſumi, & ſtricto iuri opponi notat *Freher.in ſuo Sulpitio:* vel eo reſpexerunt imperatores; ne æquitas ſit cerebrina, ſed ſcripto iure informata *Freher d.tract* ex ipſo legum fonte deducta *Mynſ.6.obſ 63.* cui pro diſſ. allegato iniuriam facit Tr.

Lit. C.

Et per oppoſita obiecta.] Petitio hæc videtur principij, quod hoc ipſum quæritur, quomodo res divinæ & humanæ ſint Iuriſprudentiæ obiectum. Sunt qui notari putant ius privatum & publicum, cuius pars ius ſacrorum, cuius olim periti ICti *Cic.3 d.orat.Gell.10. noct. Att.20. de quo latiſſ. Petr.Fab.de iuſt.& iure.* Dici poteſt res omnes eſſe obiectum, ſed modo ſpeciali conſiderandi, quatenus ſuper ijs ius & iuſtitia adminiſtratur, quod innuunt verba ſeqq. iuſti & iniuſti ſcientia, quæ videtur ſententia Baronis hic, falſo a Tr. allegati. quomodo etiam aliæ diſciplinæ, quæ commune obiectum habent, modo conſiderandi diſtinguuntur. Suavis hic eſt *Fab. qui in iuriſp. Pap. prin.3.ill* 1. hinc ad ius Pontificium infert, & hæreticum bonum JC. tum eſſe negat.

THESIS III.

Lit. A.

IVris illius ſive artis.] Haud ſcio an iſta præcepta recte iuriſprudentiæ adſcribantur, & nō potius iuri proprie ſumpto, & quod ſemper bonum & æquum eſt, notiones videlicet quædam communes, omnibus inſitæ.

Neque plura, neque pauciora.] Nimium ingenioſis commentis nihil non defendi poteſt: mihi autores allegati & præter eos *Ehem d.prin. iur. 5.c.6. Mercer.2.opin.1.* ſuperſtitioſi hac in re videntur: poſsit veritatis & pietatis cultus alio præcepto contineri, poſsint & iſta tria invicem unum ſub altero cōtineri, & duo poſteriora ſub primo, quod etiam ſolum eſſentiam & definitionem Iuſtitiæ abſolvit : ſecundum quæ & plura & pauciora qui ſtatuerit, fortaſsis non erraverit.

Eumque vel ipſum.] Cum Politica & Iuriſprudentia non hominem privatim, ſed in re publica cum alijs viventem dirigant & informent, hac explicatione ſtante hoc præceptum

Digitized by Google

ad Iuriſprudentiam non pertinebit, quæ fere Don & Conan ſententia eſt, aut potius hæc explicatio falſa erit. vel ideo, quod cum Tr omnia referat ad agentem, politice non niſi cum alijs agere dicimur: ex quo in vitium incidit, quod explicat de omittendo, quia in hoc actio non eſt: ergo non minus explicatio vitioſa Vult. quod primum pertineat ad hominem, qua homo, altera, qua civis, quia tantum poſterior conſideratio eſt politici & ICti.

LIT. B.

Et referuntur aut ad publicam] Inſubtile videtur, ex diverſa relatione extruere diviſionem iſtam iuris: vel quia hæc ab obiecto ſumta eſt, vel potius, quia cum ipſe Tr. ad officium iuris iſta referat, non ad publicum, ſed ad privatum ius hæc pertinebunt.

Adeoque nec naturale] Duo effectu dicit Tr. 1. omne ius publicum eſſe civile tantum 2 Ius Rom, tantum eſſe ex præceptis civilibus. Prius falſum eſt, quod ſicut ipſæ civitates ex iure gentium, & quodammodo a natura ſunt Ariſt. 1. pol. ita & iura ſacrorum & magiſtratuum, ſine quibus nulla civitas, licet in ſingulari & ratione formæ hæc varient. Alterum etiam falſum puto contra Tr. & Alciat: παρέργ. 32. quod Romani non minus ut aliæ gentes, partim ex inſtitutis & præceptis communibus, partim ex ſpecialibus præſertim Hetruſcorum multa mutuati. *Et in l. 1. §. 2 h. t, §. ult. L. eod.* diviſio ad ius privatum ideo refertur, vel quia publicum magna parte ſublatum, vel quia de privato tantum tractare erat propoſitum, vel quia in privato hæc diverſitas magis apparebat.

Vnde intelligitur quo ſenſu.] Videtur quaſi Tr. excuſare velle diviſionem tripartitam Iuſtiniani, quod hic fontes tantum iuris privati oſtendere voluerit, cum alias ius naturale & Gentium non videantur dici poſſe ſpecies iuris privati. Verum defendi poterit ut diviſio, ſi deſumta dicatur non à cauſa efficiente, ſed ex eo, quo populus Romanus uſus eſt, prorſus ead ratione Ariſtot. 5. Ethic. 7. ius civile dividit in naturale & legitimum intelligens ius civile omne quo civitas utitur, utitur autem partim communi partim proprio, *l. 9. h. t.*

Licet antiquatum.] Mala comparatio Legis Regiæ cum ſeculo Iuſtin. quo nulla illius iuris publici veſtigia: alia ratio temporis ICtorum, quo eodem fere iure manente, ratio & forma, quippe ſub ſtatu monarchico mutata fuit: quo fortaſsis reſpicit Tr. dum id æquivoce tantum verum eſſe ait.

Conſiſtens in pietate] Quam quiſque Deo privatim debet, ea ad ius publicum non pertinet: Porro cum hic tractetur de eo iure publico, quod ad ICtum ſpectat. ſanctiones de pietate & cultu Dei, ad iſtud Ius non recte videntur referri, cum earum tractationem & explicationem Theologi ſibi fecerint propriam: eoque non bona eſt copulatio iuris quod ſtatum Imp. Germanici concernit. Plane ſecundam tabulam Decalogi recte ſibi vindicare ICtos probat *Alb. Gent. 1 d nupt 9.*

LIT. C.

Nihil utile niſi quod honeſtum] Hæc ſententia ita ſimpliciter probata vera non eſt, ſed ſunt hæ notiones verè diſtinctæ, honeſtum, utile, iucundum, neceſſarium, quomodo & à *Philoſopho 2. Eth 3 & 8. Eth 2.* tanquam diverſa expetendorum genera diſtinguuntur: eoque facit illud ICtorum, Non tamen quod licet, ſed & honeſtum, & c Expedit ſane civitates & cives inſtitui, ut utilitatem ab honeſtate ſeiunctam ne conſectentur.

Explicatio l. 7. d. LL. ſubtilis nimis & ſuperſtitioſa, partim non ſatis apta mihi videtur, 1. Quia imperare quod in d l. 7. cæteris opponitur idē videtur eſſe ac iubere, quod tamē Tr. pro genere ſub quod quatuor illa tanquā ſpecies refert, uſurpat. & ſane abſurdiuſcule dicitur, legem iubere permittendo, quin nec puniendo, quatenus hoc in ſpecie ſumitur Lex iubet: aut potius nulla Lex eſt quæ tantum punit, verum hæc pars Legis eſt arg. §. Sanctæ I. de rer. divis & ex iuſsione pœnaque ſanctione una Lex conſtituitur 2. Quia nec verum videtur, imperari abſolute, vetari & permitti relate, cum iſtorum omnium una ſit ratio. 3. Non bene dicitur Lex punire rebus & exemplis: Lex quæ nude permittit, vix Legis nomine videatur digna: niſi quatenus permittit, relaxando prohibitionem aliquam, & mutando ius prius. Dici poſſit, actus quoſdam per ſe eſſe bonos, quoſdam malos, quoſdam indifferentes: hos permitti bonos imperari, malos vetari, non parentes puniri. At cur omittitur præmiari? Vel quia ſub contrario continetur, vel quia non eadem eſt neceſſitas præmiorum quæ pœnarum, vel quia pœnas inferre ſola Lex, præmio afficere magiſtratus quin & privatus poteſt.

THE-

THESIS IV.
LIT. A.

BOnum illud & æquum.] Si conferas § ult. l. h. t. colligere licet bonum & æquum cum iure ciuili confundi, quod ſc. Iuſtin. d. §. ex triplici iure collectum ait. Et tamen ipſe ſtatim ſub bono & æquo ius naturæ & gentium complectitur, & bonum æquumque latius patere conſtat. Reſpexit Tr. ad definit. Celſi, in qua tamen æquum & bonum aliter ſumi certum eſt, & magis proprie, pro ſuppletione, interpretatione & recta iuris ſcripti generalis præſertim applicatione: quod cum incertum ſit, ei peius adhuc ſententia iſta & definitio a Tr. accommodatur.

Nec minus illo loco Tr. diverſas quæſtiones, de origine definit & diviſi iuris commiſcet; & ſubtiliter ibid dicitur: Bonum & æquũ deſumitur ex natura, unde ius naturale ex quo, ſecundum verba, efficitur falſa ſententia: Ex illis inſtitutis, quæ Ius civile ex natura deſumpſit exiſtere ius naturæ.

Vel *Inſtitutis cuiuſque civ.*] Et hæc quoque verba in vitio ſunt: quippe nec Ius Rom. nec aliud quodvis ciuile, ex inſtitutis cuiuſque civitatis deſumtum dici poteſt, multo minus æquum & bonum: & hoc tantum verum, quod ſuppletio Iuris per artem æqui iuri cuiuſque Reipubl. conveniens eſſe debet. Simplicius dixiſſet Syſtema illud Iuris Romani partim eſſe ex proprijs iſtius Reip. inſtitutis, partim aliunde deſumtum, & hoc ex inſtitutis aliarum gentium ſive communibus, quo pertinet Ius nat. & gent. ſive proprijs, velut Spartæ & Athenarum.

LIT. B.

A natura *vel inferiore.*] Equidem natura eſt in quovis corpore naturali, quod ſi hominem conſideras qua animal, etiam poſsis, qua corpus vivens, cuius forma, anima vegetans, & à qua quidam inſtinctus naturales, cum ſenſu ſimilitudinem habentes, etiam in homine. Voluit ſanè Tr. hoc applicare diviſioni. *Vlp. in l. 1. h. t & Iuſtinian in pr. I. d. I. N. G.* quod ſi ius gentium, quod à ratione eſt, etiam per diſcurſum recte dicitur à natura T lit. d. etiam ita dici poterit ius civile, quod etiam eſt à ratione, contra mentem Tr qui illud iuri quod à natura eſt, opponit. Et à Philoſophis & pleriſq; ICtis, qui nullum ius brutis commune agnoſcunt, illud dicitur naturale, quod ipſi homini nato inſitum eſt, quod cum ipſo genere humano proditum eſt, quod quaſi cordibus inſculptum: Poſsit ita plenius diſtingui, quod ius quaſi iuſtum ſit vel naturæ, vel rationis, & huius vel ſimplicis, quod ius naturæ in ſpecie vel primævum gentium, vel cum diſcurſu coniunctæ, & rurſum vel communi omnium gentium, quod ex tacito quodam conſenſu gentium eſſe ait *Ariſtot. 1. polit. 4.* vel ſpeciali & ad Rempubl. accommodato: hoc civile, illud Ius gent. ſecũdarium nuncuparunt: quod amplius cum eius ſanctiones omnino variæ, recipit ſubdiſtinctionem: quod cum ius iſtud ſeſe accommodet humanæ neceſſitati, hæc vel ſimplex eſt, unde iura commerciorum, vel ex hypotheſi humanæ malitiæ unde iura ſervitutum & bellorum.

Et ſecundum hæc quæ paſſim à noſtris, præſertim *in tit. I. d. iur. nat.* de iure gentium varia & diverſa prædicantur, ſunt diſtinguenda & applicanda

Quia iubet propter honeſtatem, &c.] Lapſus hic eſt Tr. dum ius naturale commune brutis, confudit cum iure naturæ proprie dicto: etenim illi, de quo tamen hac lit agitur quæ hic proponuntur, tribui non poſſunt: & quamvis dicas ius gentium primævum recipere ſubdiviſionem, quod aliud ſit mere à ratione, aliud in quo ſenſus quoad materiam concurrat, nec iſtud tamen prædicata huius lit. recipere poteſt: cum præſertim ius quatenus brutis tribuitur, quod facit Tr. longe magis iſta reſpuat.

LIT. C.

Commune homini cum brutis.] Ex diviſione naturæ, ut generis communis, & hinc duplicis iuris deductione, tum etiam quod hoc ius tribuit homini qua animal, colligitur, ex ſententia Tr. ius brutis proprie competere. Et ipſe tamen tropum metonymiam effecti pro cauſa agnoſcit: cum quo rurſus non convenit, quod ſi quidem effectus, ex quibus arguitur cauſa, vere in brutis agnoſcit, etiam citra tropum ipſum ius brutis conveniet. Cæterum quicquid Tr. ſentiat ius brutis tribuendum non exiſtimo, non tam quod nec ipſa facere iniuriam dicuntur, quam potius, quod inter quos ius eſt, & æquum & bonum, lex iuſtitia & ſocietas eſt, *Ariſtot. 5. Eth. 6.* Ideoque Ulpianus *l. 1. h. t. & Iuſtin. in prin. Inſtit. d. iur. natural.* ex ſimpliciſſima *Accurſii & vulgo Dd. in l. 1 o. h. t. & in prin. I. d. Iur. natural.* ſententia verbo iuris abuſi, & propter inſtinctus naturæ, in quibus ſimulacra quæ-

dam

Digitized by Google

dam Iuris, brutis ius tribuiſſe intelligi debent. Eleganter ad hoc Plato, naturam in anima vegetante, ſenſus, in ſentiente, rationis, & in hac divinæ mentis ſimulacra expreſſiſſe docet: quod ſequitur *Hottom. ad prin. I. hic. Don. 1. commen 6.* Alij ſicut in voce materiam, ſonum, & formam, articulationem. Philoſophi, ita in iure naturali ipſos motus & inſtinctus, & formam motuum illorum directionem conſiderant: quo inclinat *A Fab ad l. 1. h. t.* Dixeris etiam ſimpliciter hominem quarundam rerum igniculos habere a ratione, quarundam à ſenſu, in quibus quædam communio ſit homini cum brutis. Ex quibus illorum diluitur argutia, qui etiam edere, vel dormire iuris naturalis futura aiunt, quos etiã refutat *Alb Get. 1 lect. 1.*

Hinc defenſio, &c.] Non bene dicitur, defenſio ab omnibus gentibus informata, eſſe iuris naturæ. quod ita conſiderata potius ſit iuris gent. aut civilis, cum præſertim ipſe ſtatim eam informatam ad ius gent. referat: vbi tamen rectius defenſioni oppoſuiſſet violentiam, quam iniuriam, maxime cum iniuria in genere ſumpta, ſiquidem ius brutis tribuimus, etiam ab his propulſari dicenda ſit. Et ergo defenſio ſimplex eſt iuris naturæ, etiamſi hoc ad homines tantum referas: quod ſæpe eorum, quæ naturalis etiam ratio dictat, agendorum modus ab alio iure ſit præſcribendus, quod homines ratio rationem incorruptam ducem ſequuntur. Ex his ſequitur nec Ulpiano obſtare, quod *in l. 2. h. t.* defenſio iuri gent. adſcribitur: quia hoc ſit diverſo reſpectu: licet abſurdum non ſit, diverſa exempla diverſorum Authorum ad diverſa iura referri: & cum *in l. 1. ult h t.* exempla proponantur iuris gent. primævi. recte huc retulit defenſionem Florent. qui ius brutorum nullum agnovit: Cæterum ius gent. non raro univerſum ius humanum quod civili opponitur comprehendit: qua de re plura *Pet. Fab. 2. ſemeſt. 2. Conan. 1. comm. 4. in fin. c. ult. Don. 1. comm. 7.*

Etiam pudicitia] Cum Tr. in genere de defenſione propoſuerit, nec ratio quidem dubitandi eſſe poteſt: ſed ille ſe cum genere quæſtionem ſpecialem commiſcet, an ſe defendendo liceat alium occidere: quod pudicitiæ cauſa licitum eſſe non probatur ex *l. 3. h. t.* quæ haud dubie in terminis loquitur, cum vita petitur: neque ex *l. 8* quod metus cauſa, quia non tantum mortis, ſed etiam verberum metus ad edictum illud pertinet, & ſicut famæ ita pudicitiæ comparatio cum vita abſolute vera non eſt: neque hic idem præiudicium, quod vitæ, cum præſertim vi oppreſſis ab omnibus ignoſcatur, utique iſtud defenſionis genus, cum ea de qua hoc loco, & quæ à natura, ſenſuque monſtrata dicitur, conferri non poteſt.

Facit tamen pro *Tr. l. 1. § penult. ad L. Corn. de ſic.* niſi dixeris, vel diverſam rationem defenſionis ex iure gentium & civile eſſe: vel ad caſũ quo aggreſſio pudicitiæ, altero reſiſtẽte, in agreſſionẽ corporis degeneratur, reſtrinxeris.

Unde ſolvitur obiectio] Putat Hott. ex ſententia Ulpiani ſequi, quod etiam edere & bibere ſit iuris naturæ: quod nos ſupra removimus: id autem quomodo removeatur ex eo, quod ſobolis procreatio ſit iuris naturæ, ego non animadverto. Minus etiam commode dicitur procreatio coniugium iure informatum, & nuptiæ, coniugij contrahendi modus.

LIT. D.

De diſtinctione initio propoſita ſupra aliqua diximus, ex quibus corrigitur errare, qui tantum à tempore, quæ mera eſt differentia accidentalis eam deſumptam aut docendi tantum cauſa ferendam putant, quod vult Pinell. male à Tr. allegatus: ſicut nec iſtam diſtinct. evertũt, quæ diſputat *Coraſ. 6. miſ. ult.* quia ſupra notata & neceſſariam & realem illam diſtinctionem eſſe evincunt: adeoque comparatio Cruſiana duarum illarum ſpecierum, cum iure Roman. antiquo & novo, vitioſa & inepta eſt Sed illud Treutleri falſum, quod ius ſecundarium cum diſcurſu ſuo ſit mutabile, quoniam ſerviat utilitati civitatis: hoc enim de nullo gentium iure prædicari poteſt Quin & iſtud ius quatenus opponitur iuri civili, immutabile dici poteſt, cum ſit univerſale, & ipſum in ſe nullam patiatur mutationem, licet lege aliqua civili diverſum ſtatuatur: quod multo magis iuri primævo competit, quod *Ariſtot. 5. Eth. 7* eſt primũ & per ſe iuſtum, ex eoque ſemper & ubique: & ex diverſo ius civile iuſtum ex ſanctione legiſlatoris, ideoque nec ubique nec ſemper idem: & ut eleganter *Molina tractat. 1. de Inſtit. & iur. diſput 4* obligatio iuris primævi oritur à natura obiecti, & inde ſe diffundit in præceptum: ſed iuris poſitivi orta à præcepto inde derivatur in obiectum. Cæteroquin in quæſtione de mutabilitate iuris naturæ, diſtingui oportet. 1. Inter principia iuris naturæ & horum applicationes in ſingulari. 2. Inter ſpecies huius iuris,

ſub

Digitized by Google

ſub quas aliquando etiam ius gentium ſecundarium refertur. 3. Inter ea quæ iuris naturæ vel contra illud ſunt poſitive vel tantum negative, ut loquitur *Covarru. in c peccatum p.2.§.11. numer. 2. verſ. ſecundo loco*, ubi prolixe hanc q. tractat. 4. Inter ſublationem omnimodam & in caſu ſingulari ob concurſum cum præcepto ſuperiori. 5 Inter ea quæ iure civili probantur & tolerantur. 6 Inter ea quæ ius naturæ decernit, & quæ quod æquitati naturali conveniunt, ad ius naturæ referri ſolent. 7 Inter aliquid ſimpliciter conſideratum, & cum aliqua circumſtantia, quæ facit, ut quod ex ſe iuris naturæ videtur, non amplius tale intelligatur, ut docet Molina dicta diſputat. 4. Et tamen nullum ius ita conſtans eſt ut aliæ res naturales, quod omne ius hominibus qui mutabiles, applicandum. Ex quo ſolvitur obiectio *Ariſtotel. 5. Eth. 7.* de igne ubique & ſemper urente.

Vt excipiatur contr. Emphyt.] Obſtat 1. quod iſtum iuris gentium eſſe vetius dicitur, *de quo inf. diſput. 19.* 2 Quia cum Iuris civilis eſſe omnes probent ex conſtitut. Zenonis, hoc tamen longe prior fuit Ulp. cuius eſt *L 5. h. t.* Puto ICtum cautionis loco hac particula PENE uſum quod etiam ius civile poteſtatem eum habeat introducendi obligationes, non poterant illæ indiſtinctæ ad ius gentium referri.

Ex hoc iure actiones] Haud ſcio, annon magis fortaſſis probanda communis Dd. opinio, actiones eſſe ex iure civili: quod ius gentium non niſi obligatione adſtringit contrahentes, & unumquemque ex bona fide conventa præſtare ſancit: quod vinculum, cum propter malitiam hominum non ſatis firmum animadverterent legiſlatores, formulas agendi, & iudicia inſtituerunt. Neque obſtat, quod obligatio dicitur eſſe mater actionis: quoniam ibi obligatio non ut nuda ex iure gentium, ſed ut iure civili probata, accipitur, & illud ſimul iis verbis ſignificatur, quod ſine obligatione actio eſſe non poſſit: Cæterum: adducta conciliatio ex Lopetio revera nulla eſt: quod Dd. ſimpliciter actiones ex iure gentium eſſe negant: & Zaſius aliique qui actiones iuris gentium faciunt, non niſi de conſideratis in abſtracto intelligi poſſunt, quod ipſum ius gentium itidem non niſi in abſtracto conſideratur. Sed tamen in ultramontanorum contrariam ſententiam, referente *Iaſone in princ. l. d. act num 39.* vocat, quod ſiquidem magiſtratus ad ius gentium referendi ſunt, etiam erunt actiones, quia magiſtratus hoc officium eſt Ius & Iuſtitiam adminiſtrare, & ipſi Dd teſte Iaſ. d. loco, ex iure gentium manu regia executionem fieri concedunt, itaque implorationem officij iudicis, quæ eſſentialiter ab actione non differt, ut poſt Dd. notat Iaſon *ad pr. l. d. action. numer. 54. & ſequentibus* ex eo iure admittunt; & *ICtus in l. 15. d. act rer am.* iure gentium condici ait: adeoque ratione materiæ & rudis generaliſque formæ, actiones ex iure gentium eriunt: non obſtante *l. 17. §. 3 Comm. cum ſim. ilib.* quæ de actionibus Iure civili ſpecialiter formatis, & de contractibus ut à iure civili approbatis tractant, ex quibus obligationes & actiones civiles recte naſci dicuntur. Et obligatio quæ iuxta ius gentium ex contractibus oritur, etiam ſecundum illud efficax eſſe recte dicitur, & eo modo quo contractus ex eo iure eſſentiam accepiſſe dicuntur, qui alias non niſi in Repub. Iure etiam civili informata celebrantur.

LIT. E.

Per duplicem naturæ hominis.] Petitio hæc principij eſt, & ius in brutis eſſe præſupponit, quod ſupra improbatum: ſicut & male dicitur hominis natura qua animal, quia qua talis, corpus ſentiens dicitur, hominis autem natura eſt ratio. Et Revardi allegati, quod ius proprie competat brutis mala ratio eſt, quod ius non ex utentium qualitate, ſed ex facto æſtimetur; vel quia præſupponit bruta ex eorũ numero, qui iure uti poſſunt: vel quia illa propoſitio ambigua aut potius falſa eſt. quod ut iure quid factum dicatur ex voluntate & propoſito agentis, & alijs circumſtantijs æſtimatur.

LIT. F.

Caius id totum una voce.] Verum hoc non eſt, quod Caius nominatim in *l. 9. h t.* de iure quod hominibus tantum commune eſt, & quod ratio conſtituit, tractat & plane, ius diviſit, ut *Ariſt. 1. Rhet.* Legem in communem & propriam Ulp. autem in *l. 1.* latius & pinguius verbo iuris uſus, & quaſi abuſus eſt. Quæ Ulp. cum Caio, inter quos tamen nulla pugna, expeditiſſima compoſitio eſt, ſed ea quæ à Tr. affertur aut obſcura aut falſa: vel quia in diviſionibus iſtis non videtur notari poſſe progreſſus cauſæ ad effectum, aut vice verſa, vel quia ſpecies diſparatæ ſe non habent, ut cauſa & effectus.

THESIS V.

LIT. A.

EX tali compoſitione.] Parum ſubtiliter dici videtur, quod ex compoſitione præceptorum Reipubl. Rom. factum ſit ius Rom. quod illa inſtituta

Digitized by Google

ſtituta nihil aliud ſint quam ipſum jus Rom.

Eius beneficio ampliſſimam, &c.] Contra, augmentum Imperij Romano iuri, quo utimur nō rectè tribui probatur. 1. Quia Romani armis fere populos invitos ſubiecerunt. 2. Quia præſertim ab initio populos ſubiectos proprio iure uti permiſerunt. 3. Quia iura Romana etiā potente Republ. rudia & intra fines Italiæ ferè incluſa fuerunt. 4. Quia ius quod tantopere commendat Tr. fere per interpretationem ICtorum qui ſub Impp. vixerunt, & adeo iam inclinante potius Imperio eſt conſtitutum.

In ultimam monarchiam deſiit.] Non capio, cur tandem in hanc dicat deſiiſſe, cum procul dubio & magis V.C. ſub Auguſto, illa monarchia fuiſſe dicenda ſit, imo etiam longe ante eum: quod in hac quæſtione de 4. monarchijs monarchia non unius, ſed cæteris potentius & excellentius imperium ſignificat.

Quod iuris Iuſtinianei.] Abſurde ab obſervatione iſta argumentum pro aſtruenda quarta monarchia hodieque durante ſumi videtur 1. Quia ante 600 circiter annos longe florentiori Imperio nullum tale ius fuit. 2. Quia vel maxime florente Imperio Romano, magna pars ſubditorum eo iure uſa non eſt. 3. Quia ius iſtud apud Hiſpanos, Gallos, &c. & vel maxime Turcas. quos adducit Tr. propria authoritate non valet, ubique fere receptis ſtatutis iuri huic ſecundæ partes tribuuntur: & jejuna eſt ratio Donell. 1. comm 1. quod iuri Rom tanquam ex iure naturæ collecto omnes gentes parere oporteat.

De facto non recognoſcunt.] Iniurioſum hoc inſuper in principes, & ideo non probandū. quod Impp. noſtri provincias, Galliam, Hiſpaniam, nunquam tenuerunt: quin Germani, qui Romanam monarchiam tenere dicuntur, Romanorum, quibus iſtæ provinciæ paruerunt, infenſi præcipue hoſtes fuerunt. Et ita Imperator Turcarum, qui Aſiam & Africam tenet, de facto Imp. noſtrum nō recognoſceret Scilicet Romani iure belli omnes fere occuparunt provincias, quorum iugum belli imo gentium iure populi viciſſim excuſſerunt.

Eiuſdem iure regunt.] Nec hoc capio quomodo verum ſit, cum Principes Europæ. & Reges, qui præſertim nunquam Germanico Imperio ſubiecti fuerunt, libero arbitrio & iure proprio dominentur.

Sequitur mutabile, illud eſſe.] Alieno loco hoc proponitur, nec theſis rectè cum hypotheſi, an, à quo & quatenus leges ſint mutandæ, confunditur: & extra propoſitum de leguleis & potentioribus diſputatur, cum aliud ſit, leges mutare, & per vim, gratiam vel fraudes non ſervari: neque eo minus verum eſt, eas natura ſua mutabiles eſſe, licet non facile mutandas doceant Politici. Nihil huc facit locus Ciceronis, ibi diſputantis contra tribunos, qui in abſoluta licentia popularem libertatem ſitam eſſe populo perſuadebant: contra quos etiam diſſerit *Ariſt. 5. & 7. Polit.* docens ea vere popularia inſtituta eſſe, quæ faciunt ſtatui conſervando

LIT. B.

Non tam ad ſcripturam.] Ergo cum *Vult in §. cōſtat. I. de iur nat.* ſcriptū explicat pro præſcripto & ſancito Verum hæc explicatio & proprietati vocis & conſtanti uſui contraria eſt: eamque à mente Iuſtin. eſſe alienam perſpicue probat §. *Et non. 10. I. d. I. N. G.* & longe ſimplicius dicitur, diviſionem dicti §. cōſtat non à differentia ſpecifica, ſed ab accidenti communi ſumptam eſſe.

Ad ſpecificam differentiam] Vix videtur hoc probandum, vel quod hoc etiam commune cōſuetudini, vel quod poteſtas legis eſt à ſola autoritate ſancientis: & vera ratio diſtinguendi eſt, quod lex expreſſum, conſuetudo tacitum conſenſum habet: ſecundum quod *Bl. in l. humanum, C. d. LL.* ait ſcripturam non eſſe de eſſentia Legis, ſed requiri ad obſervantiā ut liget ſubditos

Debet etiam uſu recepta eſſe.] Perſpicue hoc falſum eſt, vel quod ita confundatur lex cum conſuetudine, vel potius quod lex vim ſuā habeat à legiſlatore, cuius mutandæ, aut confirmandæ, ius penes ſubditos non eſt: & tanto apertius errat Tr. quod etiam promulgatione facta hoc requirit Ergo & falſum eſt, quod ſequitur uſum legis probandum eſſe aſſerenti: quia imo hic intentionem fundatam habet, quamdiu lex non mutata probatur.

Obſervantia inducitur.] Cum præcedentia ſint de lege, minus commodè diſtinctio obſervantiæ & conſuetudinis proponitur, quæ ipſa tamē nimis videtur arguta: quod ſc conſuetudo non tantum ſignificat ius certum receptum moribus, ſed quod nec dum plane liquidum eſt: cum pro regula tradi ſoleat, allegandi conſuetudinē probandam eſſe, eoque nec admittam, quod Tr. tradit ad conſuetudinem perfectam requiri præſcriptionem, quæ etiam alias nimis difficilis eſſet futura.

Ad eſſentiam ſcripturA non requiratur.] Et ergo non ſine vitio hic aliter verbum ſcripturæ ſumi: e

quam

Digitized by Google

quam initio literæ, quod illo ſenſu omnis lex eſſentialiter ſcriptam deſideret, cæterum quomodo ad explicationem iſtius ſententiæ verba ex Schrad. adducta faciant, non ſatis intelligo, cum nudam eam contineant relationem ſententiæ Dd. *quamvis Salic. in l. humanum. C. de LL.* teſtetur contrariū: videlicet quod ex communi Dd. opinione ſcriptura ſit de eſſentia Legis Cæteroquin opinio iſta a Tr relata hac ratione probatur Sanctio quædā lata expreſſa voluntate ejus penes quem ius eſt, ad eſſentiam non requirit ſcripturam. Atqui talis ſanctio eſt lex. Ergo quædam lex, &c. Propoſitio probatur tum ratione, quod lex eſt præceptum & iuſtum, cuius eſſentiam non ingreditur ſcriptura, tum exemplis Reipubl. Spartanæ, in qua leges Lycurgi nō ſcriptæ §. *& non, 10. I. d iur nat. Plut in Lycur,* item Romanæ in qua leges ſuffragio populi latæ, ſtatim leges erant, licet ut magis innoteſcerent, ſcribi poſtea ſolerent, *l 2. §. 4. d orig. iur.* unde refutatur quorundam argumentum, quod Lex nō obliget niſi ſcientes, nec Lex eſſe aut dici poſſit quia etiā citra ſcripturam in notitiam quædam lex venire poteſt, & tamen poſterius liquidū etiam nō eſt, quia ut bene *Bl in l. humanum, C. d. LL in fin.* eſſentiā L conſtituit ſola voluntas Principis, à qua eſſentia diverſa eſt obligatio ad obſervantiam, quod ſequitur *Ang. in §. Conſtat, I. d. Iur. nat.*

LIT. C.

Lege vel more.] Inſubtiliter dicitur hoc, quia ſi coniungantur, quæ præcedunt in theſi, efficitur inde conſuetudines eſſe ſumptas ex inſtitutis Romanis.

LIT. D.

Lege lata ab eo qui poteſt.] Cum totum hoc proponatur de Iure Romano, parum aptè in exegeſi Deus adducitur. & in illa propoſitione, qui poteſt, opponitur alijs, qui ſupremam poteſtatem in Republ. non habent. Cæterum poteſtatem legis ferendæ à Deo Magiſtratui communicatam, nonniſi mediate verum eſt.

LIT. E.

Ita in ſpecie dicta.] Si prima tempora urbis Romæ reſpicias, iſtud falſum, & nomen legis huic tantum ſpeciei iuris competiiſſe verum eſt, quia ea tantum omnes cives tenebantur, quem effectum legi ineſſe oportet, eoque plebis ſcita etiam vere & proprie leges eſſe cœperunt, & ita dictæ, velut lex Falc. Aquil Port & c ut primum etiam patritij iis obligari ceperunt, ex lege ſive Horatia, ſive Hortenſia, de quo *Liv lib. 3. & eius Epitomator lib. 11. Gel. 2 c. 15. Plin. 16. c. 10 Cuiac. ad l. 2. d. orig iur. Cent. 2. lect 8.*

Species hac iuris.] At quin etiam alteræ ſpeciei, plebiſcitis, & paulatim SCtis idem accidit

Inde tamen non efficitur] Altioris hoc eſt diſquiſitionis, & tamen cum præcipuum jus Majeſtatis ferendæ leges, commune eſſe fateatur ſtatibus, & eius generis ſint plura, & ſtatus in territorijs ſuis ipſi fere ut Reges dominentur, ex his ſane utique non pure monarchicum, ſed cum Ariſtocratico mixtum, & ad hunc fere magis declinantem ſtatum eſſe, rectè inferri poteſt, de quo pluribus hic agere non liber.

LIT. G.

Ius autem facit Senatus.] Non rectè ijs ſpeciebus accenſetur SCtum, quæ authoritate propria valuerunt, & ab ijs qui poſſunt, feruntur, ſive quæras de ſtatu Reipubl. liberæ, ſub qua non niſi à populo confirmata legis vim habebant, de quo tamen vide Bodin. 1 *de Repub.* 10. ſiue ſub principibus, quorum tantum conniventia iuris condendi habuerunt poteſtatem, quod ipſe innuit Tribi. interveniente principe, neque tamen ſemper interveniſſe principē, nec ſemper orationes principū præceſſiſſe, quod putat Tr. ſed proprio motu facta SC ulta exempla loquūtur Eſt autē ille ſive *Tribuniani in §. 5. I. d. iur. nat. ſive Pomponii error in l. 2. §. 9. d O. I.* notatus etiam ab Hottom. *6 obſeru. 6.* quaſi ob multitudinem populi neceſſum fuiſſe curam legum ferendarum ad Senatum transferri, cum conſtet poſterioribus temporibus vel maxime aucto populo, plurimas ad plebem leges latas fuiſſe. Non diſſimili ratione *in d. l. 2. §. 11.* neceſſitati Reipub adſcribitur cōſtitutio Principū, quos tamen cōſtat armis oppreſſiſſe Rempubl. Plane non debebat Tr. tantum agere de SCtis ad rationem Reipubl. quæ ſub principibus fuit, cum ipſe præſertim in theſi verbis, initio, poſtea, tempora liberæ Reipubl. monarchico ſtatui opponat, & tamen hoc non ſatis bene, quod ſub principibus maior hac in re ſenatus, quam antea videtur fuiſſe poteſtas hoc agentibus principibus, ut à populo potius ad Senatum iſtud transferrent, & alias hoc modo favorem, deferendo Senatui honorem, aucupātibus, Translato poſt Imperio in orientem poteſtas iſta Senatui adempta *per L. ult C. de LL.*

Æquipollet ei Senatus Imperij Hoc verum non puto, quod inter utrumq; ſit latiſſima officii, dignitatis & poteſtatis diverſitas. Senatus Romanus nullam partem provinciarum, neque maieſtatis & Imperii iura habuit, quæ & alia plura in ſtatibus Imperii, quorū poteſtas & autoritas longe maior, longe ſecus ſe habent.

Digitized by Google

Lit. H.

Difficilis hic movetur quæſtio de Principis poteſtate, quam exequi inſtituti noſtri non eſt: hoc ſaltem dicimus, quod aliquando Princeps in caſu neceſſitatis & ſingulari vi dominationis uti poſſit: ſicuti Politici Principi aliquando de regia via declinare concedunt: cæteroquin cum Princeps propter populum, & ut eius commoda procuret, conſtitutus ſit, & omne Imperium ad utilitatem ſubiectorum comparatum eſſe oporteat, ut diſputat Socrates apud Platonem 1. de Republ. inde concludere licet, nullam regulariter abſolutam Principis eſſe poteſtatem, neque poteſtatis plenitudinem, & iſtam non principis, verum tyrannicam eſſe: cui præſertim ex rationibus veris politicis defendatur, principes ex iure gentium, & ab ipſis populis originarie & immediatè eſſe conſtitutas: eoque contra Tr. defendi poterit ſententia Pruckmanni, etiam in caſu neceſſitatis, compenſationem fieri debere: non obſtantibus *l 9 & 14. C. d. operib. publ.* quod in illa de precio iuſto dando ex publicæ utilitatis cauſa agatur, in hac citra ullum commodum Principis, quod publice poteſt deſtrui iubetur, de quo v. etiam *gl. in l. 3. de off. præf. & ibid. Iaſ. col. 7. in ſ. & ſeqq.*

Quatenus contractus Principis lex ſit.] Non ſatis hic explicat mentem ſuam Tr. ſed ſaltem videtur improbare Dd. indefinite hoc affirmantes *in l. pen. C. d. don. int. vir.* vbi *Br. Bl. Salic. Cyn.* hoc axioma tradunt, quod contractus celebratus ab eo qui habet poteſtatem condendi Leges habeat vim Legis. Verum ego potius in altero extremo ſimpliciter negabo, quod lex non ſit, niſi quæ fertur eo animo, ut pro lege habeatur. Neque obſtat *l. pen. C. d. don. int. vir.* cuius hæc ſimplex eſt ſententia, actus Principis ex ſe propter illius dignitatem firmos & validos eſſe, neque eos dirigi legibus privatorum, neque ijs indigere ſolēnitatibus, quæ alias inter privatos requiruntur: & alias ſi v. c. Princeps contractum aliquem in ſcriptis faceret, eum à quocunque ſine ſcriptis factum non valere, conſequeretur.

THESIS II.

Lit. A. & B.

AIt Principem legibus ſolutum, videlicet mere poſitivis lit. A. & tamen legibus vivere oportere, videlicet naturæ & gentium lit. B. Et ergo verbum, legibus, de diverſis ſpecie legibus, vitioſe accipit, aut regulam lit. A propoſitam, contra tradita lit. A. vitioſe ad leges gentium applicat: quibus tamen non tantum vivere oportere, ſed vere obligatū Principē eſſe cōſtat.

Quod Hiſtoria refellit.] Nulla hæc ratio eſt, cur pœnarijs legibus non ſit ſolutus Imperator: quia ſenatus occaſione uſus Neronem à militibus deſertum ita damnavit, contra quem alias, matrē, fratrem, & ſororem occidentem, nec hiſcere quidem auſus, imo eidem teſte Tacito gratulatus fuit. Principibus illis nihil potentius, ſed ijsdem ubi primum à militibus deſerti fuiſſent, nihil abiectius aut contemtius: Intereſt plane inter delictum Principis ſimplex, & quod committitur in ſtatum, & vitiat totam adminiſtrationem, vel etiam Principem transformat in tyrannum: quo caſu ex veris rationibus politicis imo ex iure gentium, populis iugum excutere fas eſt: ſed inde Principem legibus pœnarijs obligatum eſſe minime efficitur.

De opinionibus varijs relatis à Tr. ita ſtatuimus. 1. Quod L. 31. d. LL. ad Leges pœnales non ſit reſtringenda: vel quia textus nimis ita coanguſtatur, vel potius quia quoad executionem nulla eſt dubitandi ratio, ſed quoad vim directivam, aut quæritur de legibus gentium, & res liquida eſt, aut civilibus, & eod. relabimur, an princeps civilibus legibus ſolutus ſit: neque ratio eſt, quare iſtis potius quam alijs debeat dici ſolutus. 2. Neque explicandam eam de legibus caducarijs, quod ut maxime de iſtis Ulp. locutus ſit, alijs tamen legibus ſolutum non eſſe male infertur, neque ita textibus principaliter loquentibus ſatis fit. 3. Nec ab illis rem expediti, qui principem tantum liberant ſolennibus: quia aliud eſt ſolennitas, aliud ipſa lex, & ſiquidem lex inducat ſolennitatem, etiam ipſa lege ſolutus erit: ſed nimirum ratio non patitur, ut ijs tātum legibus, quæ præſcribunt ſolennia, principem dicamus ſolutum: quin imo poſſit ſolennitas ita eſſentialis, ut facilius alijs legibus ſolutū Principē admitti poſſit. 4. A ſcopo aberrant, qui de legibus naturæ vel gentiū hic diſputant, quæ cum humano generi non Reipub. alicui latæ ſint, quin ijs princeps obligetur, dubium non eſt: & de legibus civilibus hic quæſtio eſt. 5. Nec ſufficere diſtinctionem inter leges conſideratas ut vigentes, & ut inſtrumentū gubernandi ſubditos: quoniā de hoc nulla, quo minus Princeps ex uſu Reip. leges mutare poſſit, ſed de priori dubitatio eſt; & qui ſecūdo tantūmodo Principē ſolutum putant, re ipſa legibus eū obligatum pronuntiant. 6. Eandem fere rationē eſſe diſtinctionis inter vim coactivam & directivā: quoniā de hac tantum quæritur, an Princeps ſecūdū

leges

Digitized by Google

leges vivere obſtringatur, ita ut ipſi etiam latæ eſſe intelligantur. 7. Etiamſi huic addas eã quã Tr. adſcribit Monero & Pruemann. rem minime eſſe expeditam, auț ex ea ſequetur, legibus ſolutum eſſe Principem: ſi tantum heroico animo leges obſervat. Quinimo nec iſtud recte ſequitur, quod alias quilibet vir bonus, qui ultro virtutis amore legibus paret, & quæ juſta ſunt facit, legibus ſolutus dicendus eſſet: & nimirum hic non de executione, ſed obligatione diſputatur. 8. Magis in vitio eſt explicatio Tr in verſ. poteſt etiam, & e. non tam quia quæſtionem revocat ad hypotheſin, quam potius quod Ulpian. & alij ICti qui eod. tempore vixerunt, ijdẽ Principem legibus ſolutum non eſſe reſpondiſſe videntur: neque imperatores qui humanitatis gratia legibus ſe alligatos profeſſi ſunt, majeſtati & juri Principum, præſertim ſucceſſorum aliquid derogatum voluerunt, quin nec potuerunt. Et nihil huc facit allegatus Ariſtot. cuius 4. polit. ea ſententia eſt, ſtatum mixtum præſtare monarchico puro, & hoc agi debere, ut poteſtas Principis legibus conſtringatur, minime autem arbitrio Principis, an ijs parere velit, relinquatur. 9. Explicatio Bodini incidit in opinionem quinto loco relatam, & cum ad officium nõ jus Principis reſpiciat, rem non expedit. 10. Sunt qui diſtinguant ex Ariſtot. 3. polit. inter regnum legitimum & παμβασιλείας: Verum Ariſtoteli regnum legitimum ibi ſignificat, quo Princeps legibus adſtringitur, quale facit Spartanum, in quo pacis tempore nõ multum à privato diverſum fuiſſe regem ſcribit Xenoph. in Rep. Spart. Datur autem inter utramque ſpeciem genus mixtum, in quo licet legibus quibuſdam, verbi cauſa fundamentalibus quaſi ex contractu obligetur Princeps, legibus eum tamẽ alias ſolutũ defendi poteſt. Quin etſi ex ſententia eorum politicorum diſputes, qui Principes ex jure gentium & ab ipſis ſubditis & propter eos nec dominos, ſed adminiſtratores, nec Rempubl. ipſorũ, ſed ipſos Reipub eſſe contendunt: & amplius etiamſi regem nõ omnibus excellentiorem, cui leges ferre injurium eſſe ſtatuit Ariſtot. 3. polit. 9. & ult. vel etiam barbaris & effeminatis nõ imperantem, de quo Ariſtot. d. loc. proponas: attamen Principem legibus ſolutum recte defendetur, propter ipſam undecunque & in quoſcunque habeat, imperij & principatus dignitatẽ & prærogativã: cũ præſertim Imperia pleraq; quaſi hæreditario jure moribus gentium tranſmitti in ſucceſſores credantur. Et ſane qui legibus ſubjectus eſt, eũ aliqua ratione ſuperiorẽ agnoſcere, nec ipsũ vere omnibus ſuperiorẽ eſſe conſequitur: quod cum conditione Principis pugnat, quẽ ipſa ſtatus conditio ſupra vulgarem illã ſortẽ extollit. Et hoc jure jã ab initio uſi omnes Reges & Principes, & nominatim Romani, quos Iuſtinianus in Nov. 105. ſupra leges eſſe affirmat: ſicut & ipſi Principes paſſim ſe quaſi deos, divina oracula, divinos ſermones, vultus, adorãdam purpurã ingerũt & ingeminant. Neque his cõtrarij ſunt textus *in l. 4. C. d. LL. l. 23. d. legat. 3. l. 3. C. de teſtam. §. ult. I. quib. mod. teſtam inf.* quia cum ſummo imperio pugnat legibus ſubijci, obligari, ſed non pugnat, leges ſervare, legibus vivere, quæ duo bene cõnectunt *Imp. in d. §. ult.* Scilicet finis hic imperij eſt, omnia dirigere ad publicũ & ſubditorũ bonũ, & hoc agere ut ſubditi boni efficiantur: quod hoc unico expeditiſſime conſequetur. Princeps, ſi ipſe præſtet, quæ exigit à ſubditis, & legibus parendo exemplo ſuo ſubditos legibus doceat parere. quod aliquam multis dictis hiſtoricorũ & politicorũ confirmare eſſet facillimũ. Zelo ſubditos duci, ait Herodian. lib. 1. vivendi ad normã principis. Τὰ ἀρχόμενα ait Niceph. Greg. lib. 2. ταῖς τῶν ἀρχόντων ἀκολουθοῦσιν ὀρέξεσι. De Veſpaſiano Tacit. æmulandi amor validior, quã pœna ex LL. aut metus. Vita principis, inquit Plin. in Panegyr. perpetua cenſura eſt: ad hanc dirigimur, nec tã imperio nobis opus quã exemplo. Vnde Lamprid. de Alexãdro ſcribit, eũ de proprijs moribus ſuis egiſſe cenſurã. Princeps imperio maximus, major eſt exemplo, ut ait Patere. lib. 1. & Latin. Pacat. ad Theodoſ. Exaſperat homines imperata correctio, blandiſſime jubetur exẽplo. Quo ſcilicet reſpexerunt boni Principes, dũ, ſed citra ullã obligationẽ & neceſsitatem legibus ſe vivere velle & docere reſcripſerunt. Et hæc olim fuit ſententia *Dd. Cyni. Br. Bl. & Salic. in l. digna vox C. de LL.* ubi notant dictũ illud nõ importare neceſsitatẽ, ſed eſſe de debito honeſtatis: & ut eleg. Salic. quod in alijs juſtũ credit ipsũ, ut alijs ſpeculũ ſit, & eos virtutis operationibus invitet, facere decet, ne invidiam & blaſphemiam contra Imperiũ provocet: & ita Caſtr. *ad pr. d. l.* Princeps LL. ſolutus eſt, tamen vult vivere LL. Et hoc modo reſponſum Vlpiani ad rationes Politicas recte explicari, & quæ illi adverſantur, commode componi poſſe videntur. Et tamẽ ſingularem & ad Remp. Rom. accommodatam interpretationem locus ille admittit: quod ſcil. ſicut ſub libera Repub. aliquando civis unus ob excellentem virtutem

Digitized by Google

una aliqua lege ſolvebatur, *de quo A. Ang. d. LL. c. 18.* ita Princeps tāquā omnibus ſuperior ſimul omnibus legib. rogatione una ad populum lata fuerit ſolutus. Quod factum dicemus jactata illa Lege Regia, cujus mentio *in §. ſed & quod I. d. iur. nat. & in l. 1. in pr d. conſt. princ.* quod ea ad L. imperij *in l. 3. C de teſtamentis.* Cujuſmodi quidē legē contra Conan & Vulr vere latā fuiſſe, probatur ex Dione lib. 53. Vbi hac prærogativa Principes uti ſcribit, ut legib. ſint ſoluti ὡς αὐτὰ τὰ Λατῖνα ῥήματα λέγει, quod quidē nō niſi de verbis legis alicujus intelligi poteſt, quā etiam legē ſecutū eſſe Senatus decretū, quo idē tributū ſit Auguſto (ex quo ſub Auguſto primo hanc legē latā probabile ſit) idē autor eod. lib. ſcribit: ſicut ti fragmentū, quo iſta L. Regia in Veſpaſiano repetitā probatur referunt, *Ant. Ang. d. tr d. LL. ſub lit. R & Onuffrius com. in lib. 2. Faſt.* licet id SCto factū dicat: ſed ut ſupr attigimus & populi ſcitū & SCtū cōcurriſſe probabile eſt. Licet n. Auguſtus armis partū imperium obtineret, veriſimile tamē eſt ſubmiſſo aliquo tribuno, eo fortaſſis tēpore, quo in Mecænatis ſententiā de retinendo imperio deſcendit, quæ ſitū fuiſſe prætextum, ut quod armis occupaverat, volēte populo tenere, & ab ipſo populo accepiſſe videretur. Alio ſenſu dicitur Lex Regia *in l 2. d. mort. inf.* à cauſſa efficiēte, quæ à Romulo, Numa, vel alio Rege lata.

LIT. C.

Quale fuit de cenſu.] Minus commodum videtur hoc exemplum quod de edictis, tāquam ſpecie legū & conſtitutionum agatur: licet alias edicti vox generalior, ſignificans quicquid etiā à principe monendi vel reprehendendi populi gratia proponebatur, ut notat Lipſ ad lib 3. ann. Tac. Sed & ſpecies iſtæ edictū decretū, &c. ſub lit. d. proponi debeāt, cū ea faciat ſpecies cōſtitutionis generalis, quamvis etiā decretum non rectè ſimpliciter ſub generalē referatur. Fortaſſis accuratius dicetur conſtitutionem eſſe vel generalem, vel ſpecialem ſeu ſingularem: utrumque vel ſimpliciter vel ſecundum quid. Simpliciter generalis videlicet ſanctione & effectu: ut edictū: ſimpliciter & abſolute ſpecialis, ut privilegiū: ſecūdū quid ſanctione ſpecialis, effectu generalis ut reſcriptū & decretū. Cæterū mandata magiſtratū, quæ hic immiſcet Tr. nihil huc pertinent

LIT. E.

Quaſi lex ſingularis.] Non recte pro ijſdē accipit privilegiū & jus ſingulare, quod eū facere patet ex alleg. L. 16. d. LL. quia jus ſingulare eſt omne id, quod præter rationē juris ordinarij receptum eſt, *per d. l. 16. & l. 141. d. reg. iur.* ut adeo privilegiū à jure ſingulari differat ut ſpecies à genere, quod recte notat *Marcil ad LL. 12. tab capit. 83.*

Explicat & ſupplet.] Deſcriptio iſta privilegij repugnat notiſſimæ ſignificationi, & recepto uſui juris: & ita ſequeretur omne privilegium æquitate niti, imo interpretationē legis per artē æquitatis eſſe privilegiū: quod utrumque falsū eſt cū privilegiū illud ſit, quod in perſonā ſingularē fertur, quod legibus 12. tabb prohibitum erat, ſive cōtra eā, ſive pro ea: qui vulgatior hujus verbi uſus eſt, de quo etiā *Marcil. d. loc* licet fortaſſis aliquādo vocē illā generalius uſurpari non negaverim.

LIT. G.

Non puto admittendū ut privilegia nobilitatis ſub rei privilegia referantur, cū ipſe ſit præced. privilegia ſtudioſorum perſonalia faciat Et omnino privilegia quæ tribuuntur qualitati inhærēti perſonæ, & à qua hæc denominatur, perſonalia dicenda ſunt. Neque obſtat *l. 196 de reg. iur.* ubi realia dicuntur, quæ tranſeunt in hæredes: quoniā filius nobilis non jure hæreditario, ſed vivo adhuc patre, quia ipſe nobilis eſt, privilegia illa jure ſuo habet & alias quilibet qui ſuccedit nobili, nobilis eſſet. Neq; rem ipsā variare poteſt, ſive in abſtracto ſive in cōcreto loquaris: & perinde ut nobilitati ita ſtudijs, & vice verſa ſicut ſtudioſis ita nobilibus privilegia conceſſa dicere licebit. Et ita ſtatuemus, privilegia, verbo latius ſumpto, dari vel ſingulis perſonis, vel integro ordini, cuiuſmodi ſunt privilegia creditorum, nobilium, pauperum, ruſticorum, ſtudioſorum, &c.

AD THES. VII.

E*Xam ne aliquo pravio*] Male id probare videtur ex verbis *l. 2. d. orig. iur.* non peti ſed præſtari oportere: quippe ex quibus fruſtra colligas aliquod examen & verborū illorum iſte potior ſenſus, facultatem iſtam omnibus dignis, quaſi ipſo jure conceſſam & præſtitam, vel etiā quod hoc non tam debeat ab Imperatore peti, quam potius ipſi præſtare ſe dignos, quos populus de jure conſulere poſſit, quod arguit verſ ſeq quo Imperator profitetur ſe delectari, ſi quis ad reſpondēdum ſe populo paret: ut ita Hadrianus receſſiſſe videatur à ſententia Auguſti, qui facultatem reſpondendi ſigillatim concedebat.

Hodie Imperatoris nomine] Univerſale hoc nō eſt, cum quædā antiquiſſimæ Academiæ in Germania privilegia ſua & confirmationes à ſolo Pontifice habeant: ſed & alias in ſpecie nomen Imperatoris non interponitur, ſed renunciationes

Digitized by Google

nes fiunt authoritate Cancellariorum qui fere Epiſcopi aut alias Eccleſiaſticæ perſonæ eſſe ſolent: quandoquidem jus conſtituendi Academias habitum fuit ſpirituale.

Quod ſecus in Baccalaureis.] Siquidē cuiuſcunque facultatem intelligit, etiam Magiſtratorum mentio facienda erat: cæterum Baccalaureorum juris creatio in pleriſque Academijs antiquata eſt & ſiquidem etiam horum creatio non niſi in Academijs fieri poteſt: non video, quidni etiam hujus, & quorumcunque graduum creatio ad reſervata Principis referri poſſit.

An bullati iiſdem privilegi's.] Siquidem jure regalium hæc fit creatio, privilegia iſtis concedēda erant, etiāſi nullū præceſſerit examen: (quod tamen negat Tr.) ſed hoc caſu non recte uti poteſtate conceſſa Comites Palatinos eſſet dicendum: etſi de eſſentia examen eſſet, actum plane nullum futurum foret ſtatuendum: & cum doctura non ſimplex ſit dignitas, ſicut nobilitas, ſed fundetur in eruditione, & Doctores propter teſtimonium publicum ad officia admittantur, dicendum eſſet, non niſi ſub tacita conditione poteſtatem illam creandi Doctores videri conceſſam, ſi fuerint idonei & digni. Quæ ſententia cum rationi conſentanea ſit quod alias quivis pecunia gradum emercari, & ita Principibus & Rebuſpubl. imponere poſſit, magis eſt, ut periculoſa iſta haberi debeat cōceſſio, eoque exiſtimandi recte ſentire Doctores, qui bullatos iſtos Doctores, eodem jure cum creatis in Academia habendos negant: quod poſtquam Academijs conſtitutis hoc jus ordini certo datum eſt, ad alias perſonas transferri non debet: neque ferendum ut Comiti iſti Palatini aliena fide creent Doctores. Firmatur hoc ex *l.7 Cod d Profeſſ.* ubi duo tantum modi probantur, judicium ordinis & authoritas Principis: quæ ſi in recto uſu hac in re delegabilis eſſet, non ſe abſente Iulian *in dict.l 7.* præciſe ordinis Iudicium exegiſſet Vide de hac quæſtione pluribus. *Matth. Stephan. de Iuriſdict lib.2.p.1.c 6.membr.1.n.73.*

LIT. C.

Cur dubitative reſpondebant. Cum Iuſt. in § reſponſa, etiam opinionem authoritatē faciat neceſſariam, quod etiam ſequi Tr ex oppoſitione lit E. & quod lit D ea vocat reſponſa, quæ in d. § partē juris facit Iuſtin. appareat, minime ferri poteſt hæc explicatio opiniorū, eum dubitative reſpondebant & controvertebant: ſiquidem abſurdum ſit ejuſmodi reſponſis tribuere authoritatem juris, & judici eas ſequendi imponere neceſſitatem.

LIT. D.

Quibus hodie ſupremarum.] Caute ſubijcit Tr. quod non omnino procedat hæc collatio: imo, extra quam, quod ſententijs ejuſmodi judicia inferiora moveri poſſunt nulla videtur eſſe hæc collatio; quia illæ ſententiæ jus non faciunt in alijs cauſis, neque judices alij eas omnino ſequi tenentur, cujus authoritatis fuerunt ſententiæ ICtorum *d §.8.d.iur nat* quando ipſe Iuſtin non vult movere Iudices ſententijs ſupremorū iudicum, *l nemo. C. de ſent.* & utique aliud ICtus eſt, aliud Iudex: & ſi juris authoritas illis ſententijs eſſet tribuenda, nō cū reſponſis ICtorū, ſed cum decretis Principū, quorum vice ſuprema illa dicaſteria judicare videntur, eſſent conferendæ. Cæterum ut hoc addamus ICti ius fecerunt non ſanciendo, ſed interpretando *arg. l. 2.§. 5. d. orig. iur.* & illud videlicet in caſibus ſingularibus dubijs: unde ſententiæ ICtorum natæ, quæ conferuntur etiam cum conſtitutionibus *in l.4. §. 14. d. doli except* de quibus accipio Iuſtin. *in d. § reſponſa. Inſtitut de iur. natur.* Cæteroquin unius alicujus ICti ſive Iudici, ſive parti conſulenti juxta *l.2.§. poſt hunc. de orig. iur.* reſpondentis ſententiam, autoritatem juris unquam habuiſſe, non exiſtimo. Movet quod poſtea Theodoſius quorundam ICtorum ſcripta confirmavit, ſecundum quorum ſententiam jus voluit dici, *t.t. C. Theodoſ. de reſponſ. prudent.*

LIT. E.

In tanta ſcribentium turba, & ſibi contradicentium, non puto probandum Treutlerum, ut tanquam juſtam cauſam litigandi habens, abſolvatur ab expenſis, qui pro ſe habet conſiliū duorum Doctorum: quod ita vix quiſquam in expenſas condemnaretur, cum præſertim Dd. conſulentibus, quorū meminit Tr. non injuria minus ſoleat tribui. Nec excuſat Tr quod meminit Dd. approbatorum: quia aut nulli tales ſunt, approbationis verbo propriè ſumpto, aut nimis multi ſunt: & eius erat explicare, quoſnā intelligeret approbatos. Neq; iuvant Tr. allegati Baldus & Salic, qui caſum diverſum tractantes hoc docent, excuſari fœminā, ſi conſuluerit aliquos modo pro peritis fuerunt habiti, quod ſc. de peritia mulier iudicare nō poſſit. Iſtud ſi recte huc transfertur, ſequetur etiam eum abſolvendum ab expenſis, qui quorumcunque etiam ICtorum pro ſe habet ſententiam.

THESIS VIII.

COmmunibus opinionibus ad rationem iuris Rom. exactis plus æquo tribuit: vel quia in

in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non eſt, neque numerandæ, ſed ponderandæ ſententiæ ſunt, vel quia Dd. qui in cõmunibus illis opinionibus familiam ducunt utpote ſubſidijs illis, quæ ad veram juris Romani cognitionem neceſſaria ſunt, deſtituti, non raro etiam in ipſa juris principia impingunt, vel denique quia plerumque alij alios non iudicio neque ratione, ſed authoritate tantum ducti ſequuntur: & ſit hae ſententia, ut pleriſque quod vera ratio & etiam textus juris ſuadent, ſecuti, à communi tantum opinione pendeant.

LIT. A.

Quæ olim recepta ſententia.] Non videtur bona comparatio: vel quia illæ erant ſẽtẽtiæ de quibus conſtabat inter omnes, vel quia ICtorum illorum authoritas neceſſaria erat, vel quia illis jus & vera juris ratio cognita, in quibus opinatores vulgo non raro offendunt. Vide etiã *Mercer. 1. opin. 3 & 4. Alb. Gent. 3. lect. 17. & eund. in dial.* pro *Dd.* antiquis contra recentiores: ubi docet, quæ debeant cenſeri opiniones communes, & cujuſmodi Doctoris ſententia ad numerum augendum ſit attendenda.

LIT. B.

Maxime ſi caſus in iure expreſſus. &c.] quaſi vero de hoc unquã dubitari poſsit, an deciſio textus ſit poſtponenda opinioni communi, quæ quidem legi repugnans manifeſtus error habenda eſt: & cum hoc ipſo implicitè fateatur Tr. quod opinio communis aliquando juri repugnet, vel ideo minus iis tribuendum eſt.

Quia veritas à multis.] Hoc verum eſt ſi ponantur termini habiles & perſonæ æquales: alias opinio vulgi potior eſſet.

Reipubl expedit.] Præſupponit hæc ratio: quod opiniones communes habendæ ſint pro jure. Atquin hoc ipſum in controverſia eſt, cum præſertim non publica, ſed privata authoritate collectæ ſint.

LIT. C.

Niſi de aperto errore.] Et hic quoque nulla dubitandi ratio: quis enim apertum errorem ſequi ex uſu Reipubl dicat? Neque ut putat Tr. in his terminis intelligi poſſunt argumẽta Zaſij, quippe quem ipſe lit. præc. ut minus faventem opinionib. communibus improbat. nemo autem utique favebit errori aperto: idque ipſa Zaſij diſputatio perſpicue oſtendit & contraria *Coratii d. comm. opin. lib. 2. tit. 8. In ſp 2.*

Quod praxis forenſis.] Hæc ratio pro communibus opinionibus aut obſcura aut nulla eſt, nec quicquam tale apud Bald. loco citato.

Et ſi iuri ſcripto ſint contraria.] Hoc adductis textibus non probatur, & magis eſt, ut probandum non ſit: quod aliud ſit quærere de vi conſuetudinis legem abrogantis, aliud de eo, quod opinionis errore, quod juri conforme eſſe putatur, receptum eſt: & ſiquidẽ quod ipſe admittit Tr. opinio communis quæ erroris convincitur, admittenda non eſt, nec admittenda erit, quæ cõtrariatur juri ſcripto, quia quicquid tale eſt, erroneum ſit, oportet: niſi forte Tr. errorem rationi contrarium intelligit.

THESIS IX.

LIT. A.

CONſuetudo magis videtur eſſe morum cauſa: eoque mores conſtantius & firmius quid in uſu juris ſignificare videntur.

Obſervantia differt] Siquidem nihil tale in obſervantia probandum eſt, nullus obſervantiæ erit effectus: neque in hunc ſenſum verbo obſervantiæ ICtos uſos exiſtimo: nec conveniunt ea, quæ mox Tr. de probanda conſuetudine tradit: nec male C*onan.* 1. *commen.* 10. conſuetudinem ſimilem eſſe ait virtuti morali, quæ ſenſim vires acquirit: ut adeo conſuetudo conſiderari poſsit, tum prout in eſſe, tum prout in fieri.

Differt etiam à ſtylo.] Haud ſcio an hæc differentia ſatis probanda: quod conditio objecti nõ videatur variare eſſentiam ſive conſuetudinis ſive obſervantiæ: & ex ſententia Dd. ſtylus ad ea pertinet, quæ concernunt proceſſum: neque dubium eſt, quin etiam actibus judicialibus conſuetudo introduci poſsit: eoque ſi quid vel præter vel contra jus, circa ſatisdationes, teſtes, dilationes, juramenta & alia id genus, in judicijs obſervetur & fiat frequenter, recte eam conſuetudinem dicemus.

LIT. B.

Rationabilitas.] Explicatione & diſtinctione hic opus 1. intelligenda eſt conſuetudo, quæ juris nomen tueri poſsit: cæteroquin multæ barbaræ gentes, barbaris moribus & inſtitutis uſæ, qui errores & abuſus dicendi, 2. Gradus ſunt, ut ita loquar, irrationabilitatis: improbanda ſc. conſuetudo, quæ legẽ naturæ offendit, non omnis quæ juris gentium, & multo minus, quæ juris civilis: quo reſpectu *in c. un d. l feud.* dicitur, irrationabilis conſuetudo, ut liceat alienare feudũ, ſine domini voluntate. 3. Rationabile aliquid eſt vel ex ſe, vel opinione, aut etiam ad ſtatum Reipubl. cui quod contrarium eſt, non protinus irrationabile habendum: quin multa conditio &

ſcopus

Digitized by Google

ſcopus Reipubl. vel legiſlatoris excuſat : ut proinde multa opus cautione, cum rationem ad eſſentiam legis vel conſuetudinis requiri dicimus. Neque recte hoc accipit a Tr. colligere licet inde, quod Baldum improbat, qui in *l.* 39. (nam in *l* 32. nihil extat) *d. LL.* veriſſime affirmat poſt Gl. valere conſuetudinem, quæ offendat æquitatem & rationem civilem, ſub hac tamen limitatione, ut hujuſmodi conſuetudo ne quidem ad ſimilia extendatur. Nihil plane huc facit *l.* 13 *§. ult. de injur.* ibi, tametſi nullo jure, quoniam ibi de uſurpatione tantum privati agitur, quæ adeo jus non facit, ut in uſurpantem detur actio injuriarum: cæteroquin in eo caſu tantum offenditur ratio juris gent. ſecundarii, circa jus piſcandi, ut hoc tamen non tollatur, ſed limitetur : & videmus hodie defendi conſuetudinem, quæ privatis jus venandi, etiam in proprio interdicit.

Vt conſuetudo Polonia.] De hac ita ſcribit Valent. Frideric Rigenſis *in lib. d. ſtat. Polon.* olim ita obtinuiſſe, ut nobilis paucis groſſis corpori interfecto impoſitis, impunis abiret, ſi videlicet occidiſſet hominem proprium, ſive ſuum ſive alterius nobilis, modo tamen non incolam civitatis: ſed poſtea longe ante Stephani tempore publicis regni comitiis id abrogatum, & in occiſorem etiam ruſtici pœnam tum pecuniatum 240. marcatum tum annui carceris cóſtitutam eſſe. Verũ diverſa ab his ſcribit Theodor. Zavvacki Rogala. in memoriali LL. Poloniæ, ubi ſub Lit. K hanc ceu conſtitutionem Regni refert. Qui plebeium hominem ruſticanum occiderit, triginta marcas exſolvat, quarum medietas Domino occiſi, alia pueris cedat, & in ſtaturis & LL. Poloniæ collectis à Iacobo Prilusio *lib.* 1 *c* 17. Si quiſpiam Kmetonem occiderit, decem Marcas ſolvere teneatur, quarum ſex pueris, quatuor domino exſolvantur. Et accepi ab ejus rei peritis, hodieque id ſervari, & de Stephano dici, eum in animo quidem habuiſſe id mutare, ſed effectui non dediſſe, & forte nec potuiſſe.

Vnde reſolvi poteſt) Duplex hic committitur fallacia homonymiæ, quia intereſt. 1. An aliquid ex ſe malum ex conſuetudine, tanquam pro jure accepta impunitum ſit, fueritve, an ex vitioſa adminiſtratione & negligentia magiſtratus. Illo caſu omnino evitabit pœnam, ſicut fures apud Spartanos : quia licet ex ſe injuſtum, in ea tamen Republ. ubi pro jure obſervatur, juſti vices obtinet aut certe liciti : poſteriori caſu conditio perſonæ poſſit excuſare à tanto, ſed non à toto. ubi tamen etiam inter qualitatem delicti, an minus magisve rationem & naturam offendat, diſtingui oportebit. Itemque an ex levitate, an affectu, an propoſito factum: an delictum fuerit impunitum, etiam illorum qui delati & accuſati fuerunt, an ideo quod forte ad notitiam magiſtratus non pervenit : quibus circumſtantiis pœnam mitigandam omnino defendam cum Canono & aliis multis, quos Proſp. Farin citato loco adducit, & fere ſequitur *Maſc concl.* 194 *num.* 10. 2. Aliud eſt conſuetudo loci, aliud aſſuetudo perſonæ : quæ diverſiſſima inter ſe, dum priori quæſtioni annectit iſtam, an furtis aſſuetus mitius ſit puniendus, confundit. Equidem, quo iſtam quæſtionem attinet, diſputari poſſit ex ſententia Platonis, actiones ex habitu contracto eſſe involuntarias: & licet Ariſtot contra *diſput. 3. Eth 5.* quod ab initio in arbitrio ejus fuit non contrahere habitum : attamen replicari poteſt, quod culpa in contrahendo habitu commiſſa, ſit diverſa à culpa, quæ in delicto committendo : ſicut ea gratia mitius puniri ebrios receptum eſt. Verum aut non intelligimus hic habitum contractum, ut adhuc correctioni ſit locus per graviorem coercitionem aut ſi contractus erit, eum verſetur hic injuria & periculum alterius, talis ut incurabilis ad exemplum qui alter pœnæ finis eſt, ut emendentur alii, à communione civili erit abſcindendos. Hinc tertio furto pœna laquei : & hinc ex ſententia Dd in ſolitum blaſphemari, pœna mortis, *Cynus in l* 2 *C. d. Iurejur n.*4 *& Salz ibi. Bl in l* 2. *C. ad L Iul. Majeſt. Menoch. conſ.* 375. *n.* 26. *Alex conſ.* 72. *vol* 1. *Farin. p.* 1. *d. delict. q.* 20. *n.* 42.

Lit. C.

Ideo in ſcripturam redacta.) Diſtinctio expedita eſt, an fiat memoriæ cauſa, an per modum ſanctionis expreſſæ ab eo, penes quem jus eſt condendæ legis : quo caſu legem fieri neceſſe eſt, quod hujus iſta ſit ſpecifica differentia. Et Weſemb. loco citato opinionem Dd. non improbat, qua negatur fieri lex, ſi memoriæ cauſa ſcribatur.

Lit. D.

Hodie in conſuetudine generali) Non ſatis intelligo, quomodo conſuetudo generalis commode introduci poſſit in ampliſſimo imperio & etiavetit, qui putet in conſuetudine ſpeciali nulla tali ſcientia opus. Sed & male verbum hodie opponitur tempori Reipub. popularis, quæ

ante mille ſexcentos annos deſiit: cum etiam in terminis Reipubl. popularis fruſtra de alterius ſcientia quæratur. Cæterum ſi opponatur ſtatui veteri monarchico, magis olim quam hodie conſenſu aut ſcientia Principis opus.

Poſt legem regiam. Tutius dixiſſet, poſt imperium in Principes translatum, quia de l. regia, quando lata ſit dubitatur, & quod imperio jam occupato lata ſit, non dubitatur: quin & poſt l. regiam aliquod jus populi hac in re fuiſſe, docet reſponſum Juliani *l. 32. de LL.* Quin ſtatuit Tr. *th. ſeq. lit. B.* ſi nullum verſetur ſuperioris intereſſe, conſenſum ejus non requiri, & tamen qui ſtatutum faciendi jus habent, proculdubio etiã conſuetudinem poterunt introducere, quod admittendum videtur, ſi ſuperiorem non abſolute & ſecundum quid recognoſcant, velut ſtatus imperii imperatorem: in aliis ſtatuam contra Tr. *d. th. ſeq. lit. B.* quoniam de hoc effectu quæritur, ut ſuperior ſtatutum factum, vel conſuetudinẽ introductã tollere & revocare nequeat.

Inepte quæritur an pupillus.) Hic tamen utique actum, ex quo naſcatur aut firmetur conſuetudo facere non poterit. Bartol. male allegatur, apud quem citato loco hoc vere dictum extat, quod ille demum populus cõſuetudinem introducere poſſit, qui jus habet condendi leges: verum iſta allegatio pertinet ad ſequentem quæſtionem, quod ibi affirmat Bart à parte civitatis conſuetudinem introduci poſſe: & hoc fortaſſis non ſine ratione, ubi pars ſeparatim conſiderari poteſt, velut Brunovici, quod ex quinque civitatibus dicitur compoſitũ, vel alibi, ubi civitatem fluvius interlabitur, vel mõs interſecat, cujuſmodi exempla extant apud *Ariſto. 5. Politic. 3.* etenim cum Conan. etiam familiam conſuetudinem ſibi facere poſſe admittat, quid ni hoc admittamus in civitatis parte: neque ejus argumentum concludit, quod illud præbeat cauſam diſcordiis: quia hic non quid expediat, ſed jus partis illius conſideramus: & cum juriſdictio etiam à parte illa populi ſit, non poterit ea impedire, quo minus ea jure ſuo aliquid introducere poſſit, maxime ſi id, non contra jus commune Reipubl. ſed præter illud eſſe proponatur.

Et hanc ob rationem, &c.) In his verbis & quæ ſequuntur, hæc notari poſſunt. 1. Quod colligi videtur ex verbo, facere. & verbo, conventionibus, ab eo ſtatutum cum conſuetudine confundi. 2. Quod fruſtra & ſine effectu collegiis jus ſtatuendi, catenus tantum ut ne alii teneantur, concedit. quippe quod ita non jure ſtatui, ſed jure conventionis, quod ipſe mox ſubjicit, (ubi tamen male allegatur Cui.) ſit valiturum. Et haud tamen ſcio, an non amplior effectus ſit iſtis ſtatutis tribuendus, ut videlicet quicunque illi collegio nomen dare volunt, etiam ſtatutis illis parere teneantur.

LIT. E.

Diuturno tempore.) Recte ſtatuitur hoc arbitrio judicis relinquendum eſſe, quippe quod cauſa unica & vera conſuetudinis ſit in conſenſu populi, qui colligitur ex actibus, qui fiunt in tempore, quod adeo merum conſuetudinis accidens eſt, neque ſi vere loqui velimus, inter conſuetudinis requiſita recenſendum.

Quod in ſtatutis.) Plane hoc inſubtiliter dici videtur; quia ſtatuta ſicut leges expreſſa fiunt ſanctione, neque adeo ad ſui confirmationem decurſu temporis opus habẽt: niſi quis diſputet de ſtatutis non jure factis, quæ ex tacito conſenſu & patientia ſuperioris, poſt tanti temporis lapſum firmata videri poſſint. Et in iſto non eſt inelegans differentia Legis, quæ ſtatim vires haber, & conſuetudinis quæ ſenſim & ex multis actibus ſingularibus, quaſi per inductionem colligitur & conſtituitur.

Præſumitur etiam ex actibus) Et hoc minus ſubtile eſt, quoniam non niſi ex actibus, minime autem ex ſolo tempore conſenſus populi præſumi, aut probari poteſt. Cæterum hoc quoq; quot actibus opus ſit, inter arbitraria referri oportet, quod pro qualitate actuum, modo ex paucioribus, modo ex pluribus de conſenſu populi ſtatui poteſt: neque male Bart. *in l. 32. d. LL. num.* 10. an actus contradictorio judicio firmati nec ne, an manifeſti & notorii ſint nec ne, diſtinguendum cenſet

Etiam ex rejudicialibus.) Neque hoc ſatis bene, quia pro qualitate objecti non niſi per ejuſmodi actus conſuetudo poteſt induci: cui non derogat *l. 34. d. LL* quod ibi non agitur de actu, quo conſuetudo inducitur, ſed re judicata, per quam ſecundum conſuetudinem pronunciatur.

LIT. F. & G.

Proponitur hic vulgata quæſtio, an conſuetudo poſſit vincere legem, quam difficilem faciunt contrarii textus *in l. 32. inf. d. LL. & in l. 2. C. quæ ſit long. conſu.* Conciliatio Tr. probanda nõ videtur. 1. Quod hic quæratur de uſu legi contrario, quo poſito nequit eſſe lex in viridi obſervantia, ſicut ex adverſo hac poſita conſuetudo contraria eſſe dici nõ poteſt. 2. Quia altera pars conciliationis, vel ſi lex nova, &c. facit caſum

indubi-

Digitized by Google

indubitabilem, quo dubio procul, ſicut lex, ita & conſuetudo à legiſlatore tolli poteſt. neque de hoc, an lex poſterior tollat conſuetudinem priorem, ſed de inverſo caſu à Juliano *in d. l.* 32. diſputatur. *Bart. & Dd poſt Goff. in d. l.* 32. inter conſuetudinem generalem, & ſpecialem diſtinguunt; verum *in d. l.* 2. *C* quæ ſit longa conſ. in iiſdem terminis lex & conſuetudo opponuntur, neque dubitari poteſt, quin ſpecialis conſuetudo legem generalem tollere non poſſit. Alii inter conſuetudinem contrariam & deſuetudinē diſtinguunt, quos male ſequitur *Ant. Faber. in d. l.* 32. *d. LL.* cum ſolo non uſu non poſſit *l* 2. Sed ne prolixiores in ſingulis refutandis ſimus, videantur variæ hujus rei explicationes apud Cujac. 2 *feud.* 1 *& in l.* 1. *de uſur. lib* 2. *quæſt. Papin. Donel.* 1. *commen.* 10. *Duar. c. ult. d. LL. &* 2. *diſput.* 32. *Balduin. in §. pen. I. d. Iur. natur. Greg. Lopez* 1. *anim.* 5. *Bronch.* 1. *aſſert.* 4. *Lyck* 1. *membr.* 11. *Bellon. in Antin. contrar.* 16. *Petr. Fabr.* 1 *ſem* 22. *Vital.* 2. *lect.* 28. Dici fortaſſis non improbabiliter poſſit. Ut diſtinguantur tempora Conſtantini, quibus Imp. abſoluta poteſtate, & omni hac in re jure quibuſcunque ſubjectis adempto, leges generales in omnes ferebant provincias quibus ſive per ſtatuta, ſive conſuetudines cujuſcunq; populi derogari nolebant: & inter tempora Juliani, quibus populus Romanus adhuc conniventia Imp. jus aliquod ſuffragiorum habere videbatur, quod notat Duar *ad l.* 9 *d. LL.* & quibus etiam leges multæ antehac à populo ſanciteç obtinebant: quam explicationem confirmat ratio Juliani *in d. l.* 32 nihil intereſſe, an expreſſe an tacite populus voluntatē ſuam declaret, & quod ſcribit Juſtin. *in § pen. I. d. iu. nat.* leges mutari vel tacito conſenſu populi, vel alia lege lata. Quæ efficiūt, ut ejuſmodi populus, qui nullum jus cōdendi vel mutandi leges habet: neque legi contrariam conſuetudinem introducere poſſit: quā ſententiam refert etiam Bart. *in d. l.* 32. *d. LL.* eaq; referente Acc. ibid Irnerio placuiſſe videtur.

Illud certum, non modo.) Quod conſuetudinem à lege vinci ait, omni ratione dubitandi caret: quod illam ſæpe in legem mutari addit, male cū illo copulatur, nec quicquam huc pertinet, & ubi ſuper eo, quod ante conſuetudine receptum erat, lex fertur, non amplius illud, ut ex conſuetudine, ſed ut ex lege obtinens, conſideratur: quæ etiam æquitatis ratio eſt, quæ non ubi à ICto interpretāte ſcribitur, ſed ubi à legiſlatore probata ſancitur in legem degenerat.

Vt jus patria poteſtatis.) Exempla ſubjecta non bene accommodata videntur, quia nulla ſuper his certa lex lata probatur. Patria poteſtas moribus recepta dicitur *l.* 8 *de his* qui ſunt juris *arg. pr. I. d. acquiſ. per arrog.* vel quia ex jure gentium eſt *arg. l. ult. d. rit. nupt.* vel quia ſenſim ea præſertim quoad diverſos effectus apud Romanos recepta: quod licet Romuli lege de ea cautū eſſet, teſte Dionyſ. Halic. l. 2. Ejus tamen legis mutato ſtatu vix ulla videtur habita fuiſſe ratio, cum etiam effectus, quos patriæ poteſtati tribuerat Romulus, ſequens ætas aut improbaſſet *l.* 11. *inſ. d. liber. & poſthu.* aut in effectus imaginarios cōvertiſſet *§. præterea, I. quib. mod. jus pot. ſolv.*

LIT. H.

Quæritur hic, an Doctori de conſuetudine atteſtanti fides habeatur: quod verbis affirmatur in theſi, verum negativam lectionem requiris tum verbum præcedens *quantumvis*, tum ratio ſubjecta quod facti ſit & fallere poſſit, itemque, quod qui allegat jus aliquod dubium, illud probare debet: eoque contra Tr. *th. præc. lit.* C. *inf* etiam doctori atteſtanti de opinione cōmuni fidem habendam eſſe vix admiſerim: Verum Tr. ſuam ipſe ſententiam hic deſtruit, dum cum Maſc. eatenus non obſcure ſententiam Bartoli admittit, ut atteſtatio doctoris faciat probationem præſumptivam. Quæ quidem non limitatio, ſed ipſiſſima Bartoli ſententia eſt: & ſatis ita doctori creditur, nec quiſquā adeo ineptus eſt, ut probationem contrariam excludat. Poſſit alias diſtingui, an allegatio fiat ab advocato, an aliquo ſcribente: itemq; an atteſtatio fiat ſuper conſuetudine curiæ, vel loci in quo ille doctor verſatus nec ne, de quo præter allegatas à Tr. Vide Soarez *in comm. op. lit. G. n.* 291 *Fichar. vol.* 1. *conſ.* 12. *nu.* 8. & plures apud Mynſ. 5. *obſ.* 96.

THESIS X.

AD lit. A de ſtatutis municipiorū limitationis loco addendum eſt quod ita valere poſſint, ſi non derogant juri communi: & tamē valerent non jure legis, ſalvo ſc. ſemper jure ſuperioris, ut pro authoritate ſua iis derogare, eaq; abrogare poſſit.

Debent eſſe rationabilia.) Iiſdem hic limitationibus opus, quas th. præced lit B propoſuimus: ideoque cum ſtatuta illa Mechanica, quorum facit mentionem, non offendant rationem naturalē, ſi modo ab iis penes quod eius rei ius eſt, ſancita ſint, defendi poſſe exiſtimo: non obſtāte quod *in l. un. C de monopol.* improbata videantur: quia nec omne quod L. civili improbatur, rationi adverſum eſſe conſequitur: quod oſtendit ius retractus Romano iure damnatum *l. dudum. C. de contrah. emt.*

Digitized by Google

Adprobandum obſervantiam.) Jam ſupra diximus, ſtatuta vim legis obtinere, eoque ad ea firmanda obſervantiam non requiri.

Ex uſu fere.) Intereſt an quæratur de jure ex verbis certo, an dubio: hoc poſterius interpretatur conſuetudo juxta l. 37. d. LL. illud autem conſuetudo à verbis expreſſis diverſa, non interpretatur, ſed mutat & abrogat: adeoque cum poſteriori hoc modo conſuetudinem à jure Saxonico & verbis ejus juris receſſiſſe non obſcure admittat Tr. non recte in genere ſub interpretationem hoc quoque refert.

Hodie eſſe decija per Novellas.) Non ſatis bene hoc dicitur, quod juris Saxonici poteſtas, longe excedat fines ditionum Electoralium.

Non coacte.) Hoc non Lituanis aut Polonis. ſed omnibus fere, qui jure Saxonico utuntur, hodie commune exiſtimo.

Ius commune cenjetur.) Abuſio hæc verbi eſt, quod ita nullum poſſit eſſe jus proprium: neque ullum jus commode dici poteſt, niſi quo plures utuntur populi vel civitates, cum omne jus non in unum aliquem aut paucos, ſed in omnes cives feratur.

Vbi exorbitat à jure communi.) Dubitari poſſit ex eo, quod jus Saxonicum prius fuit in Imperio Germanico, quam jus Romanum, & quãdo 20. annis, ſi juxta Tr. illius juris principium ad annum 810 referendum eſt. Attamen quatenus poſtea jus Romanum in omnes provincias quaſi promulgatum fuit, eatenus ſententia Tr. admitti poteſt.

LIT. B.

Cum ſtatuta à legibus diſtinguat, non recte ſanctiones cujuſvis magiſtratus in ſuo territorio, & quidem quod ex oppoſitione patet, etiam ejus qui non recognoſcit ſuperiorem, refert ſub genus ſtatutorum: quippe cum hæ non minus quam Principis, ſanctiones, legis nomen mereantur: niſi forte eo reſpicit, quod cum omnes ſtatus Germaniæ non modo, ſed etiam Italiæ, jus Romanum agnoſcant, illi quoque ſanciendo non tam leges ferre, quam ſtatuta condere dicendo ſint, ut quoad hoc, licet re verá ſuperiorem non recognoſcentes, inferiores ſe agnoſcere videantur.

LIT. C.

Adeo ut etiam ipſi ſtatuentes.) Nulla hic ratio dubitandi, in ſtatu Ariſtocratico, & maxime populari.

LIT. D.

Ait, advenas ex delicto forum ſortiri. Quod extra dubium eſt, ut ibi conveniri & puniri poſſint; verum, quod præcedentia & ſequentia arguunt, illud velle videtur Tr. quod advena pœna ipſa ſtatuti puniri poſſit: quod in diſtincte admittendum non eſt: & verius ſi pœna vel æquo gravior, vel alias quam alibi ſtatuta eſt, major definita ſit, ea advenæ irroganda non ſit, quod ſcil. ſtatutum ignoraſſe intelligatur, niſi præſumptio illa & exceptio ignorantiæ, vel ex diuturna eo loci converſatione vel aliis modis elidatur: juxta tradita à *Bl. & Br. in l. cunctos populos num. 44. & ſeqq.* C. *de ſumm. Trin. Iaſon. ibid. col 7. C, n. & Salic. ibid n. 7.* idque maxime in delictis, quæ civilem potius quam naturæ rationem offendunt.

LIT. E.

Proponitur hic quæſtio, an ſtatutum diſponens circa ſucceſſiones, obtineat vires in alio territorio. Ubi *Tr* non recte allegat Bartolum, qui diſtinctionem improbatam, non quæſtioni primæ, ſed parti ejus de caſu ſucceſſionis ab inteſtato applicat n. 42. Cæterum diſtinctio Tr. quoad primam partem circa cauſam teſtati, cõmuniſſime recepta eſt, teſte Iaſone *in l. 1. C. de ſum. Trin. col.* 10 ſicut illam contra Dd. antiquos, Petrum & Iacobum *in d. l probant. Br nu. 36. Bl. col.* 8. *Cyn. n.* 8. *Salic. n.* 12. ſi videlicet ſtatuto ſolennitates teſtandi ſint remiſſæ, ſecus ſi perſona inhabilis habilitata. Bart. *in d. l. n.* 41. Etenim teſtamentum quoad hoc videatur ſapere naturam contractus, & cum ſtatutum valere præſupponatur, adeoque teſtamentum, ex illo etiã univerſa bona hæres conſequetur, cum ex teſtamento ſit titulus univerſalis individuus, ut ait Baldus *col.* 9 & ut Salic ſtatutum hic non diſponit de bonis principaliter, ſed ſufflat ſpiritum in teſtamentum, illud validando. Et in arg. adducuntur *l magis puto, §. illud* 12. *de reb. eorum.* & c. *l. data, & l. in hac C. d. don. l. 2 C. quemadm. teſt. aper. l. ſi. C. de teſtamentis l. 1. in ſi. d. ventre inſpic. textus bon. in l. 9. C. de teſtam.* Iidemque authores in cauſa inteſtati diverſum cum Tr. ſtatuunt, excepto Saliceto *in d. l. 1. num.* 14. in cujus ſententiam proclivior ſum, quod ſtatutum diſponat de ſucceſſione civis ſui: id adeo cum jure factũ ſit & validum, ſecundum illud bona morientis deferri debent, idque citra ullam injuriam magiſtratus alterius territorii: cum etiam ex accidenti, quod mortuus alibi bona habuit, quæ facile alias vendere potuiſſet, non debeat variari ſucceſſio, neque ex illo accidenti, inferri cõditio iniqua hæredi, quem lex vocat ad ſucceſ-

ſionem,

ſionem, cum utique ſtatuum diverſi loci de ſucceſſione mortui diſponere non potuerit: & ut diſputat Salic. quod qui decedit inteſtatus, tacite intelligatur voluiſſe decedere ſecundum loci legem & conſuetudinem: facit *in arg. textus in l. ſi cui bonis de teſtamentu. l. magis puto § 12. de reb. eor. l. propter litem. § 2 d excuſ.* Et alibi, ſi alius ſtatuto illo non vocatus, poſſet ead. ratione teſtamentum, ſecundum ſolennitates alterius loci factum impugnare. Cæterum pro communi ſententia adde Colet. *d. proceſſ execut. p. 1. c. 3. num. 230 Modeſt Piſt p. 1. conſil. 31 q. 4. & 5. Dauth. d. teſtam. rubr. de materia teſtam. n. 54.* ubi hæc verba habet. Qui bona in diverſis provinciis habet, ille plurium perſonarum vice fungitur, ſcinditur, inquam, hoc caſu, perſona: ſcinduntur ergo & patrimonia; ut ejuſmodi homo moriens ratione juris provincialis diverſi alios atq; alios hæredes aut diverſo modo habere poſſit.

Et ſane magis.) Non bene hoc cohæret, quod ſtatutum etiam poſſit eſſe nõ odioſum: & quod etiam teſtamento, cui leges minus favent, inſtitui poſſit

Ubi igitur jus commune.) Non ſatis bene eandẽm vult eſſe rationem impetiandi ſtatuta & jus còmmune. quippe quod illa proptie dicta à recognoſcentibus ſuperiorem ſanciantur, ut adeo ea producendi ead. ratio non ſit, præſertim ſi ſtatuta citra authoritatem ſuperioris, quod admittit Tr. facta proponantur.

DISPUTATIO II.

DE JURE PERSONARUM

Reſpondente

HENRICO à Mezrad nobili Luſato.

THESIS I.

LIT. A.

NON valde moror, quæ hic prolixè Tr. de tribus objectis proponit: neque puto hic neceſſum eſſe nimis agere ſubtilem, aut ſuperſtitiosè bimembrẽ diviſionem conſectari. Simpliciter dicemus, perſonas eſſe quaſi fundamentum, quæ acquirunt, res acquiri, actiones eſſe remedia, quibus ad jus noſtrum obtinendum aut perſequendum utimur. Illud non ſatis video, quare jus circa perſonas & res abſolutum dici debeat: cum & in acquirendo plures intervenire oporteat, & vel maxime in jure perſonarum, velut inter patrem & filium dominum & ſervum, &c. rationes occurrant, & quicquid putet Tr. alia ab hoc Donelli ſententia eſt.

Verum illa l. ult &c.) Prima hæc ratio contra Althuſium non videtur concludere, quod ſcil. homines, præcipue remedio actionum, jure utantur, & Althuſ. facit primum & à primo ortum, ad quod judicia refert, eoque parum à Donelli ſententia abire videtur.

Quid quod acquiſitio.) Nec altera ratio hæc magni eſt momenti, quod etiam perſonæ & res jus minime conſtituant, ſed ejus ſint objecta: neque ipſam acquiſitionem vel amiſſionem, ſed jus circa illa conſtitutum, vel potius modos & cauſas &c. intelligit Althuſ.

Quid quod juri tantum privato.) Tertia etiam ratio hæc nihil movet, quod ipſe Ulp. & Juſtin. jus tantum privatum dividant, de quo fere etiã tantum in libris juris noſtri agitur; & ipſa tractatio inſtitutionum arguit illam diſtinctionẽ objecti juri tantum privato eſſe accommodatã.

LIT. B

Magis videtur contra Tr. ut perſona non qualitatem civis, ſed ſimpliciter hominis deſignet, quomodo paſſim in jure ſervus perſona appellatur, *l 22. de reg. jur. l. 1. de ſtatu hom. l. 3. ne quis eum qui in jus voc. l 215. d. V. S. 3. tit. Inſt. de jur. perſ.* ſicut & in diſtinctione triplicis objecti ſub perſonis ſervus continetur. Neque obſtat quod ſervus pecudibus comparatur *l. 2. ad L. Aquil.* quia duplex conſideratio eſt ſervi, quia res, & ad ſecundum objectum pertinet tanquam in commercio exiſtens: & qua perſona, quatenus ſcil ſervi cognati & affines dicuntur, *§ illud. 10. I. d. nupt. l. 14 § 2. & 3. de ritu nupt.* quatenus liberi fieri, hæredes inſtitui & legata accipere poſſint, ita ut hæc etiam ex ipſorum ſervorum perſona quadantenus valeant *l. 28 §. ult. d legat. 2.* itẽ obligari, & alios, quin ipſum dominum ſibi naturaliter obligare arg *l 32. de reg jur. §. 1. I. d. fide juſſ.* aliquid quaſi proprium poſſidere, illud pro capite numerare, & ſuper eo cum ipſo domino de libertate paciſci, & contra dominum ad fidem ſervandam officium judicis implorare *Sen. epiſt. 81. l 4 §. 1. de manumiſ. l. 9. & 14. pro emp. l. 9. C. de condict. cauſ. dat.*

LIT. C.

Male affirmat ſimpliciter in pr. maris & fœminæ parem eſſe rationem cum jus naturæ ſequimur I. Quia Deus ab initio fœminam viro ſubjecit: & licet iſtud ad imperium œconomi-

Digitized by Google

cum referas, exinde tamen nihilominus diverſitas utriuſque ſexus Deo ipſo ſanciente apparet. II. quia cum imperfectior natura fœmina ſit, & ſecundum Philoſophos natura ſemper intendat marem, deterior quoque & inferior erit. III. quia ipſa experientia teſte & omnium politicorum ſententia præſtantioribus dotibus natura maſculos ornavit: omnino generale habēdum ſit quod eſt in l. 1. *de ſenatoribus*, majorem eſſe dignitatem in ſexu virili. IV. Ex *capit. 15 cau. 33. quæſt. 5.* ubi fœmina dicitur ſervire viro, communi lege naturæ: de quo pluribus infra diſput. *8. th. 2. lit. 6.* V. quia ut docet Ariſt. *1. Polit 3.* natura fœmina ſubjecta eſt mari, non ſecus ac appetitus rationi, ſervus domino, bellua homini. Quin & ex jure naturæ, quod brutis commune dicitur de quo tamen non loquitur Tr. prærogativam ſexus maſculinus habet, quam etiam adſtruit Plin. *l. 3. 6. 4 add. Tiraquel ad l. L. connub. n. 3. & ſeq.* Neque obſtat *l. maximum vitium C. de l. præt* quia Juſti. Imperator uxorius cauſæ ſuæ ibi inſervit, vel quia ut in materia ſucceſſionis & alibi par debeat eſſe utriuſque ſexus conditio ubique parem eſſe debere non conſequitur. Plane in hoc etiam aliud longe judicium fuit, veterum juris conditorum, de quo Ant. Auguſtin. D. LL. pop. Rom. in L. Vocon. & nulla Juſtin. ratio eſt, de accuſatoribus naturæ: quia ut maxime natura fœminas producat, non tamen propterea in omnibus eodē jure fœminas uti vult aut ſancit natura & ita omnes priſcos Romanorum, Græcorum, imo fere gentium legiſlatores, qui juſtiſſimis ex cauſis in ſucceſſionibus & alibi prærogativa maſculos uti voluerunt, accuſatores judice Juſtin. fecerint naturæ. Vide etiam de conditionibus fœminarum ex jure civili. *Petr. Fabr in l. 1. de O. I.*

Ideoque in ſtatutis etiam pœnal.] Mala hæc ex præcedenti de exæquatione fœminarum ex jure naturæ, illatio eſt: vel quia cum dicimus alicujus parem eſſe rationem, ad favorem illius & commodum reſpicimus vel potius quia ſtatuta pœnalia non naturalis, ſed poſitivi juris ſunt, & non raro à jure naturæ recedunt. Et tamen hæc in ſtatutis pœnalibus exæquatio ſimpliciter admittenda non eſt: quod licet eadem & aliquando major ſit malitia fœminæ, & *in l. 16. de pœn.* inter circumſtantias ex quibus pœna minuitur, ſexus non referatur, & *in l. 10. de adult.* & alibi eadem pœna in fœminas ſtatuatur: attamen ipſæ LL. ſuppeditant hic diſtinctionem an delictum ſit jure gentium & naturæ, an jure civili prohibitum, itemque an ita comparatum, ut ignorantia juris excuſari poſſit, per *l. 7. ad L. Jul. pec. l. 38. §. 2. & 7. d. adul arg. l. 9. de jur. & fact. ign.* Quin etiam ſexum inter cauſas mitigandi pœnam referri teſtis eſt *Tiraq. de pœn. tēp. cauſ. 9.* Unde patet non recte ſe habere legem Juſtin. quæ fœminam adulteram longe mitius quam virum punit, & omnino à pœna capitali abſolvit.

Mulierem nihil habere prærogativæ.] Si quidem, ut prætermittit, in multis ea iis deterior eſt conditio fœminarum, de iſto ne quidem dubitari poteſt. Cæterum per Juſtin. in multis melior facta eſt conditio fœminarum, ſatagente procul dubio conjuge Theodora, qua in conſilium adhibita, ea ſe, quæ ſibi à Deo data ſit, alluſione ad nomen, leges ſe tuliſſe profitetur Juſtin. in cujus etiam nomē præſides & magiſtratus provinciarum jurabant N 9 cum non ceſſiſſe Juſtin. ſcribit *Evagrius lib 4 cap. 10.* imo plus potuiſſe, neq; unius ſed duorum imperium fuiſſe Zonaras teſtis eſt: neque id ſine cauſa, quod autore *Procop. l. 1. de reb. Perſ.* ſeditione excitata, cū Juſt. pleriſq; deſperātibus jam naves & fugam ſpectaret, ipſa oratione magnanima Juſt. animum confirmavit, ut hic adeo uxori quaſi conſervatum debuerit imperium. Oſtendit ratio quam illi tribuit Procopius, ambitionem inſignem illius fœminæ. Abſit, inquit, ut cum ego diem videam, quo nō ab obviis Domina ſalutes, moti ſatius eſt, quā regnum relinquere mihi quidem notus ſermo probus, ὅτι καλὸν ἐντάφιον ἡ τυραννίς: quibus ſcil. verbis olim Philiſtus Dionyſium ſeniorem ſeditione coorta de imperio deſerendo cogitantem, confirmavit, ut refert Dionyſ. Hic *lib. 14.*

Falli Cujacium.) Revera indignus ille Cujacio error eſt, & ſi maxime nomen hominis, velut apud Gallos, fœminis neges, ipſam rem tamen negare, oppido quam fuerit ſtultum. Neq; movere debet *l. 38. §. 5. de pœn.* ad quam utendam eſt vel reſponſione Tr. vel *Freheri 1. parerg. 17.* ut poſterior clauſula ad poculum abortionis referatur, ſi eo vel mulier, vel homo, id eſt, fœtus in utero perierit.

THESIS II.

LIT. A.

Quorum ſtatus libertas) Improprie hoc dicitur, ſicuti & Lit. b. ſervitus dicitur ſtatus. Recta autem definitio eſt libertatis, quod ſervi non vi & jure, ſed conditione & qualitate ſtatus ſui quidquam facere prohibeantur.

LIT. B.

Origine juris gentium.) Caute hoc accipiendū, ut ta-

Digitized by Google

ut tamen non negetur ex hoc jure forma, cum tota eſſentia ſervitutis ex jure gentium ſic licet modos aliquos & qualitates adjecerit jus civile, quod & circa obligationes uſu venit.

Contra naturam.) Hoc quoque ſane explicandum: quia libertas non eſt à jure naturæ & rationis decretive: & ſervitus magis præter illud jus quod cum illo jure bella ignota eſſent, nec ſervi eſſe poſſent. Dicitur igitur contra naturam, quia repugnat conditioni, quam homo habet a natura, quæ omnes æquales produxit *arg. pr. l. de libert. & l. 32. de reg. jur.* Alio ſenſu hoc explicari poſſit, quod cum Ariſtot. 1. *polit.* 3 natura ſervi ſint, quos illa ſtupido ingenio quaſi ad ſerviendũ produxit: hoc ſervitutis genere frequẽter aliis ſubjici cõtingit, quod imperare par erat.

Servitutem eſſe pœnam peccati. Male hoc probatur ex cap. 6. Geneſis, vel quia utique Kam in ſervitutem fratrum ſuorum nõ fuit redactus: vel quia reſpicit politicam ſubjectionem, quæ tamen in poſteris demum habuit exitum, & ex altera parte præeminentiam quandam: quomodo etiam Iſaac filium Iacobum fratris Eſavi quaſi Dominum conſtituit.

Recta etiam ratio.) Vix eſt ut huic bella adſcribi debeant, niſi quatenus reſpiciunt defenſionem: cæteroquin ea à ratione depravata & improbitate hominum, & cupidine habẽdi dominandique traxerunt originem: qua ead. libidine & ſimul avaritia, non vero recta ratione, hoſtes in ſervitutem deduxerunt: illa enim non tam vera ratio, quam prætextus eſt, quod ſervandi, & ne occiderentur hoſtes, gratia, ſervitus recepta dicitur: eoque magis, ſi ſervitutem eo modo, qua Romanis exercita fuit, acerbe ſc. & crudeliter, conſideres: & indicio eſt, quod Chriſtianis poſtea ſervitus improbata

Ita cum ſapientes Romani.) Totum iſtud frivolum plane & commentitium eſt: quia non Romanis hoc proprium, ſed omnibus fere gentibus commune teſte Iuſtin. *in §. 1. t. qui ſunt ſui vel alien. Cyrus apud Xenoph. l. 7.* νόμος γὰρ ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ, τῶν ἑλόντων εἶναι καὶ τὰ σώματα τῶν ἐν τῇ πόλει καὶ τὰ χρήματα, & in ſpecie recepta Aſſyriis, Syris, Arabibus *Xenophon l. 4. παιδείας.* Parthis, Germanis *l. 24. de captiv. Iuſtin. lib. 41. Corn. Tac. de moribus German.* Neque vero hæc juſta aut adæquata ratio, & ut aliquatenus eſſet, ea tamen tantum captis in bello injuſto, & ſciẽter injuſtam cauſam foventibus, & fere non niſi ducibus & auctoribus belli, non autem militibus & ſubditis, multiſque nihil auſis, velut urbe expugnata captis, nec fœminis aut pueris, nec ex ancilla natis conveniret. Et nulla plane hic Romanorum ſapientia, ſed illi jure ab aliis gentibus accepto crudelius etiam quam hæ, uſi fuerunt: & illa pœna hoſtium eſſe debet, non uti privati quique mancipia fiant, ſed ut victi imperium accipiant.

Illis ipſis utilem.) De hoc ſervitutis genere hoc affirmari nec poteſt nec debet, ſed cum Ariſt. de illa, qua natura ſtupidus & tardus ſubjicitur præſtantiori, ad quod genus pertinet illud *Athenei lib. 6.* δεσποτῶν τινες ἑαυτοῖς δυνάμενοι περιΐστασθαι, ἐπιδοῦναι ἑαυτοὺς δέον τοῖς συνετωτέροις ὑπηρετεῖν.

Quamvis hoc potius de Politica.) Ita omnino eſt, & nec quidem per analogiam ad ſervitutis iſtam ſpeciem hoc accõmodari poſſe putamus, quod iſtæ ſubjectionem ſpecies toto inter ſe genere differant.

Alia enim gentes.) Hoc quoque omnino ad ſubjectionem & imperium politicum pertinet: ideoque male ei, quod de analogica accommodatione ad ſervitutem domeſticam dixerat ſubjicitur.

Quod autem dictum eſt.) Quæſtionem iſtam non bene expedit Tr. neque ad textus bene reſpondet. Dicendum potius quod ſervus conſideretur velut perſona, relatione habita ad dominum, quomodo nunquam ſine domino eſt: vel ut res alia quæ eſt in dominio, quo ſenſu poteſt eſſe ſine domino, non ſecus ac quævis alia res quæ pro delicto habetur, licet jure novo ſervus pro derelicto habitus liber fiat: vel brevius, ſervus conſideratur vel ſimpliciter ut res quævis, vel cum illa qualitate actuali ſerviendi, tanquam inſtrumentum, quod ſemper eſt relatum. Cæterum ad *l. 1. in pr. de rer. diviſ.* minus recte reſpõdet, quaſi ſervus ibi ſit in dominio heredis futuri: cum tamen ibi de hæreditate jacente agatur, quæ non hæredis ſed defuncti perſonam repræſentare dicitur, *in pr. Inſt. de ſtipul. ſerv. §. 2. l. de hæred. inſt. l. 31. inf. eod.* neque adeo dici põteſt hæredis ratione juris, quod habeat in rebus hæreditariis, cum nondum hæreditatem adiviſſe proponatur, & ſingulari caſu & reſpectu hæreditatis repræſentare dicitur perſonam hæredis, *l. 24. de novation.* de qua *infr. part. 2. diſput. 12. th. 1.*

Digitized by Google

LIT. C.

Movetur initio quæſtio an ſtatu liber puniatur ut ſervus an ut liber: quod poſterius primum introductum ait conſtitutione Divi Pii. Verum obſtat, quod Ulpianus qui poſt Divum Pium vixit *in l. §. 3. ſi is qui teſt. lib.* ſtatu liberum ut ſervum puniri reſpondit. quod ſe argum. utitur ipſe *Tr. inf. p. 2. diſput. 9 th. 2. lit. f.* Contra Cujacium qui conſtitutione Divi Pii circa excuſationis cauſam impetitiam literarum jus novum factum eſſe putat: quod quidem ſi valet contra Cujac. etiam neceſſaria valebit hic contra Tr. Sed nimirum, ignotavit ibi Tr. etiam Antoninum Caracallam, Severi filium, Pium dictum, & divum appellatum fuiſſe, autore Spartiano; hic, inquit, omnium duriſſimus, parricidii & inceſtus, inter Deos relatus eſt, de quo etiam *Ravard. 2. var. 11.* Sed tamen adhuc ſcrupulum movet, quod cum Anton. iſte 12 annis imperaverit ante Alexandrum, ſub quo demum Ulpianus floruit, minus probabile aut veroſimile eſt libros aliquos ante conſtitutionem iſtam Ant. ab Ulpiano ſcriptos fuiſſe. Et videamus, annon potius ita diſtingui poſſit, ut interſit, an delictū commiſſum ſit in dominum, cujus reſpectu ſtatu liber pure ſervus habetur, & quidem tale, quod in ſpeciem publici delicti non cadat: ut iſto caſu etiam poſt conſtitutionem Divi Pii puniatur ut ſervus per *d. l. 1 §. 3. ſi is qui alios teſt. li.* 10. aliis caſibus ex jure veteri quidem ut ſervum, ſed ex conſtitutione Pii ut liberum puniri. & ita hæc ſubdiſtinctio erit quam male ut diſtinctionem primam proponit *Perren l. animad.* 3. contra *l. 29 de ſtat. liber.* quæ non de delictis in hæredem commiſſis, ſed publicis, & publice coercendis tractat.

LIT. D.

Quæritur hic, an ſcriptitii liberi ſint an ſervi, prius affirmat Tr quia poſſidere & cum domino litigare poſſint, & ſine prædio eſſe non poſſint. Atquin priora duo non ſatis bene probantur *argum. l. 2. C in quibus cauſ. col.* aut utique ſunt non generalia, *arg l. 4 C de agr.* Poſterius magis probare videtur eos eſſe ſervos, niſi ita explices, quod nō poſſunt ſeparatim vendi *l. 7. C. de agric.* Diſtinctio Cujacii magis impugnat Tr. quoniā ſi reſpectu domini ſervi ſunt, utique ſervi erūt, quippe quod inde jus dominii in eos infertur, quo poſito eos in cæteris omnibus liberos eſſe, nec conſiſtere quidem poteſt: ut adeo diſtinctio illa, nec vera nec pulchra videatur. Servos eſſe confirmatur ex textibus *in l. 4 & 21. & ult. C. de agric. un. C. d. Colon. Thracenſ. l. 2. C. in quibus. cauſ. col.* Poſſit plenius diſtingui, quod aut mancipia terræ adſcripta ſunt, & hi coloni omnino ſervi *l. 2. C. Th ſine cenſu vel reliq.* aut non mancipia, & hi coloni rurſum duplices, quod terra cui adſcripti, vel domini erat vel ipſorum propria in quibus demum, non vero in illis recte dicitur, quod propriorum ſint poſſeſſores, & ipſi penſiones fiſco perſolvant *d. l. 4. de agric.* Et igitur illi propius ad ſervos accedere videntur, non tamen plane, ſicut alii ſervi, quibus etiam opponuntur *in N. 123 c. 17. inf.* quippe quod ex contractu conſtitui videntur *arg. l. 22. C. de agr* quod veroſimile ſit, egentes homines, quales id tempus ob crebras manumiſſiones, multi, ut victū haberent, dominis fundorum ea lege operam addixiſſe, ut perpetuo ipſi liberique eorum coloni eſſent, quod cum ex uſu Reipubl videretur, ut tanto melius & plenius tributa fiſco inferrentur, conditio eorum hominum variis legibus probata & conformata fuit.

Quid de tabellariis.) Negat ſe hos annumerare ſervis per *l 3 C. de tabular* Atquin ſecundum jus novum quod in *d. l.* 3. proponitur, inepta hæc quæſtio & nulla dubitandi ratio eſt, cum ibi jus certum & expreſſum conſtitutum ſit, ut ne ſervus tabularii munere fungi poſſit. Ergo dicendum eſt tabularios hodie tantum liberos, olim ſervos fuiſſe, & quidem vere ſervos, adeo ut libertati officeret, tabularii munus egiſſe, *arg. l. 1. & ult. C. de ſerv. Reip. manum. l. 1. & 2. C. ne quis lib. invit.* In quo errant *Gl & vulgo Dd qui in §. cum autem I. d. adopt.* & alibi ſervum publicum dictū putant, quod publicam operam præſtando quaſi ſerviret, quibus ignoſcendum eſt, ſi leges Digeſt. ad conſtitutionem Cod. explicare & accommodare voluerunt. Secundum quæ non video, quomodo à Tr diſſentire poſſint vulgo Dd. qui nec jure veteri tabularios ſervos eſſe exiſtimarunt.

LIT. F.

In orbe Chriſtiano reperiri non puto.) Ambigue hoc dicitur: quod aliud ſit, Chriſtianos non uti ſervis & non uti ſervis ejuſdem religionis: neque enim dubium barbaros & veros hoſtes, velut Turcas, bello captos, recte mancipari ſervituti. De Chriſtianis autem ſervituti non ſubjiciendis agunt *Alciat. ad l. 229. d. V. O. Bodin. 1. d. Republ. 5.* vel quia inter eos non juſtum bellum, velut olim inter Græcos *Plato 5. de Republic.* vel quia eandem fidem profeſſus pro mancipio habendus non videbatur, ſuadente hoc lege

Dei

Dei. *Levit. 25 v. 39* & jam olim Thracibus & vicinis populis receptum, capta ſpolia auferre, in ſervitutem non abducere *Niceph. Greg. lib 4.*

Servi tamen ut veteres illi non ſunt] Atquin magis & minus non variant ſpeciem, & licet adeo non ea conditione qua veteres illi, ſerviant, ſervi tamen dici recte poſſunt, quod aliàs ſequeretur, olim apud Germanos, Græcos, Hiſpanos & Parthos, non fuiſſe ſervos, quoniam iſti populi humanius ſervos tractabant, ut videre eſt apud *Cornel. Tacit. de morib. Germ. Athen. l. 6.* ubi Athenis ob injuriã ſervo illatam actionem ſervo datã fuiſſe ſcribit *Bodin. 1. de Repub. 5. [illegible] lib. 4.* Quin imo excedit dominus fines poteſtatis ſuæ, durius tractando ſervos: quippe meminiſſe debet eos homines eſſe, natura ſibi æquales Sen. epiſt. 47, alimenta præbere Ariſt. 1. Oecon Sen. 3 de benef. 22. eos recte educare & nutrire Athẽ. lib. 6. artib. curare erudiri Sen d. cap. 22. cauſa ipſis virtutũ eſſe, Ariſt 1. polit ult. converſatione ſua & menſa nõ judicare indignos Sen. epiſt. 41. 46. 47 eos injurijs non afficere nec ſine cauſa male mulctare Athen d lib. 6 Plat. 6 de legib. deniq; libertatem tanquam pro præmio illis proponere Ariſt. 7 polit 10. & 1. Oecon. 5. Neque tamen pati debet ut inſoleſcant, Athen. lib 6 neque cũ ijs miſcere jocos Plat. 6. de LL. nimirum mediũ tenendũ, quia ut elegãter Ariſt. 2. pol [illegible] οἱ ὑβρίζουσι ἐν κακοπαθοῦς ζῶντες ἐπιβουλεύουσι καὶ μισοῦσι. Apud Choppin. nihil reperio, niſi calci lib. 3 annexam brevem ſummam Polonici Domanij, in qua nihil de Kmethonibus.

Hoc tamen & hodie.] In hoc nulla connexio, & repugnat præcedentibus, niſi verbo ſervorum & ancillarũ, pro mercenarijs hodiernis abutitur.

LIT. F.

* *Ad cognitionem tamen*] cum etiam hodie, ut Tr. aliqua ſervitus in uſu ſit, conſequenter diſquiſitio de ſervis, præter nudam cognitionem juris veteris, alias quoque utilitates habebit.

THESIS III.

LIT. A.

A ſervando.] Iam ſupra notavimus, iſtam non videri veram derivationẽ, quod & *Scalig. notab. in lib. 5. Varr. de ling. Lat* ubi deducit Græca voce [illegible], quæ Ionice famulum ſignificet *Hot. I. de iur. Perſ* ab aſſervando, alij à ſerviendo deducunt.

Longe alio ſenſu accipiendus Ariſtoteles] Duplex hic error eſt, quod hanc naturalem ſervitutem dicit, cum recta ratio ab appetitu vincitur: quia imo ſecundum naturã eſt, ut appetitus pareat rationi. Secundo, quod diſputationem Ariſtot. ad iſtam ſpeciem reſtringit, cujus hæc aperta, nullo etiam interpretum, nec Sepulueda aut Camerario, qui male allegantur, diſſentiẽtibus ſententia eſt. quoſdam ingenio tardos & ſtupidos ei quaſi fini a natura productos. ut præſtantioribus ſerviant: [illegible]one Oeconomica ceu miniſteria animata, ad miniſteria domeſtica expedienda, & tertius hic error eſt Tr. qui de ſubjectione politica Ariſtotelem cenſet explicandum. Et in hoc primarius & per ſe ſervorũ uſus: ſed ille ob poteſtatem & ius dominij latius fere productus, ad cujuſcunque generis acquiſitionem, ad operarũ locationem, ad comitatũ, pompam & quaſi ſatellitium οἱ πλείους τῶν Ῥωμαίων συμπεριπολοῦντας ἔχουσι πλείστους: *Ath. l. 6.* ex quo factũ, vt ditiſſimi quiq; quàplurimos ſibi pararent ſervos etiam privati aliquot millia *Plin lib 33 cap. 10.* quin imo teſte Athen. *lib. 6.* μυρίους κ. [illegible].

LIT. B.

Venditione ſui ipſius.] Fruſtra hic objicitur Læſio ultra dimidium: quo in pœnam eius authoritate legis, qui ex dolo ſuo lucrum captare & aliũ decipere voluit hoc conſtitutum eſt: Et hic ſc. ex jure civil. modus eſt quo conſtituitur ſervitus: qualis & ex LL. XII. tab addictio debitoris, qui nõ erat ſolvendo; *Quint. li. 7. c. 3* & alius ex SCto Claud. *l. de ſucceſ. ſub.* ut tamen nihilominus ſervitus ad ius gentium recte referatur: quia per hoc primo conſtituta & introducta eſt, quomodo recte obligationes & contractus eidem juri adſcribuntur.

At ſi fiat pœnam hanc non abrogat.] repugnat hoc verbis manifeſtis conſtitutionis in Nov. Leonis 59. & vel ideo non probandum, quod ita nullus illius conſtitutionis futurus eſſet effectus.

Sed an parentes vel conſanguinei] De conſanguineis facile aſſentior Tr. neganti, ſed de parentibus diſſentio, & jus iſtud de eo qui ſui juris eſt accipiendum exiſtimo. Filiusfam. quidem recte contrahit, ſed non eiuſmodi contractum; quo ſe ſubducat poteſtati paternæ, neque ferendũ, ut pater ita facto filij iure ſuo, præſertim acquirendi per filiũ, fraudetur, cum præſertim ita emptor cum filio colludere, eumq; emptum ſtatim manumittere poſſit: & ſc. in præiudicium tertij cui jus potius quæſitum eſt, venditio illa valere non debet: quod mecum fatebitur, quicunque ius ſingulare parentum in liberos ex legibus & moribus Romanorum intelliget. Et ergo

Digitized by Google

pater filium ita venditum, poterit vindicare, *l.*1. *de rei vindic.*

LIT. C.

Damnatione in metallum.]Non recte hue refertur ſervitus pœnæ, cui hoc loco & ſeqq. tradita, non conveniunt. Damnatio ad triremes, non niſi perpetua ſit cum damnatione in metallum comparari poterit.

LIT. D.

Ingratitudo in patronum]Veram puto hãc ſententiam, quam adſtruunt *Mercer.*1.*opin.*9.*Suerin. rep.lect.*3 *& expreſſus tex.in l.* 21.*in pr.quod metus cauſa.* ubi ob ingratitudinem liberta de ſtatu ſuo periclitatur: & quod ibi negatur reſtitutio, & ipſa hunc metum ſibi feciſſe dicitur, hunc ſensũ habet, quod ille metus non poſſit dici inferri facto patroni, quippe cui ſine cognitione magiſtratus libertam in ſervitutem revocandi jus nõ erat. Et ea adeo verba male Cujacius ad alienum ſenſum detorquet, & ICtum ſibi contradicentem facit.

LIT. F.

Ante Antonini conſtitutionem.]Cum multis antorum locis qui poſt Antoninum vixerunt, de jure iſto diſputetur, verius videtur, ab Antonino non jus iſtud ſublatum, ſed limitatum, & facultatem ademtam illud pro libitu exercendi & ſine cauſa: quomodo & loquitur *Iuſtin in* §. 2. *ſi. de his qui ſunt ſui.* Neque obſtabit *l.* 5. *de accuſat.* quod illa vel ad caſum, quo ordinatio modo Dominus procedere cupit, vel ad delicta quæ dominum ipſum directo non offendunt, & in quibus ſervus deprehenſus non eſt, referri debet, *argum.l qui ſervum* 96. *de V.O. cum ſimilibus.* Addendum plane eſt ab Antonino iſtud aut renovatum aut conſtantius ſancitum fuiſſe: ſiquidẽ Hadrianus quæſtiones decrevit adverſus dominos, qui ſine cauſa ſervos occidiſſent, ut refert Spart. & Hadriano prior *Seneca* 3. *de benef.* 22. reſtatur, poſitum eſſe, qui de injurijs dominorũ in ſervos audiat, qui ſævitiam & libidinem cõpeſcat: plane ſumma licet illa etiam olim poteſtas, tanta non fuit, ut ea quaſi membra ſervis cõſtringi poſſent, quominus ijs ſicut liberi etiã contra ſe uti poſſent: quæ ſententia eſt, *l.*9.§.7. *de pecul.* ex qua male Ægid. Hortenſ. jure civili cædem ſui ipſius permiſſam eſſe colligit: & cui nihil obſtat *l.*13.*in princ.ad l. Aquil.* quæ præterim ex rubro explicanda & applicãda eſt. Quoniam actio L. Aquil. datur domino proprio directo, non ei cujus corpus læſum eſt.

An dominus ſubditos.]Hæc quæſtio rectius ſub diſputatione præcedenti, quia ſubditi ſervi non ſunt, propoſita fuiſſet. Negativam ſpeciali tractatu probat Bartol *de las caſas.* in quo præcipue §.12 *concluſ* 3.§.13.*&* §.15. principem vendentẽ juriſdictionem de qua ſcil. non de corporibus & perſonis ſubditorum, in quas nullum principi jus, hoc quæri intelligitur, mortaliter peccare docet Quod tamen ex circumſtantijs æſtimandum eſſe negamus.

Probatur iſta ſententia à cauſa principis efficiente objecto & fine Cauſa effectiva principũ populus eſt, ut loquitur Bartolm. §. 4. *notab.* 2. *n.* 3. quod propter virtutem aut benefacta populi ipſi initio principes ſibi conſtituerent. Herodo. *lib.*1. Iuſtin *lib.*1. & pluribus docet Ariſtot. 5. *polit.* Officium & finis eſt, gubernare ſubditos, omniaque ad ipſorum & publicum bonum dirigere, quæ omnium ſanorum polit. ſententia eſt, quam ſequitur *Vaſq.*1.*ill.quaſt.*1.*nu.*25. Hinc cuſtodes, paſtores patres, dicuntur principes: á quibus omnibus cõſiderationibus alienum eſt, ſubditos non conſentientes alterius imperio & juriſdictioni ſubijcere, quo pertinet prolixa diſputat: Zoan. *d.Imp.Rom.n.*150 *& ſeq.* Imperatori quidquam de Imperio alienare, jus nõ eſſe. *Perr. Heig.*1 *quaſt* 19. *Prucman.d.Regal.p.*1.§ *ſoluta pot. c.*4. *membr.*2.*eff.*6. *Bodin.*1.*de rep.*9. *Vaſq* 1 *cõtr. ill.* 4. *Ant Peregr.l. de iure fiſc.lib.*1.*rub. Habentes iura fiſc.n.*74 *Rol.à Vall vol.*1.*conſ* 2.*n.*96 *Menoch.*2.*d. arbitr. cap.* 559. Quæ in genere dixiſſe ſufficiat: quia ſi ad hypotheſin deſcendas, modus acquiſiti imperij, qualitas ſubditorum, & uſu moribuſque firmatum principum jus, & alia id genus in conſiderationem venient: quod plerique principum, ob continuatam ſucceſſionem, & ſibi & ſubditis perſuaſerunt pleniorem & magis abſolutam poteſtatem.

Item huc reduci poteſt.]Imo quomodo huc reducatur, nihil apparet: cæteroquin vera ſententia eſt, quod principes crebrius ita collectãtes præter officium faciunt: cum principes ideo reditus certos habeant, vel etiam tributa à ſubditis ut hi ab aliis vexationibus ſint immunes exigant. Quod de iure ſcripto ſubſiſtere hoc poſſe negat, jejuna videtur ratio quia quæcunq; aut ſubditos præſtare, ant principibus præſertim extra ordinẽ exigere ius eſt, jure ſcripto expreſſa non ſunt. Neque jure ſcripto aut more principum Romanorum juri principũ per ſe cõſiderato terminus aut modus ſtatui poteſt Equidem principes jus collectandi procul dubio habent Roſenth. *d.feud.concl.*34.*c.*5. *Schrad.d.feud.p.*10. *ſect.*

ſect.1.n.22.& 31.Knip.d.territor.iur.c.1.n.300. Paurmeiſt.*2.d Iuriſd.c.10.num.*40 ſed collectas etiam quæ vocantur ordinariæ non niſi cum conſenſu ſubditorum exigere debent. Petr. Heig. *quæſt.18. nu.6 p.1.* Frider. Mindan. *libr.2.c.45.nu. 4.* Warmund. ab Ehrberg *in veriſim.c.7.nu.15.* Bodin. *6.d. republ.* Parlador. *lib.1 rer. quotid. c.3.*

LIT. G.

Hoc eſt nihil intereſt.] Explicatio iſta non mala quidem, ſed imperfecta eſt: quia cum iſta propoſitio, quaſi ex adverſo opponatur alteri, quod in conditione liberorum multæ ſunt differentiæ, ex Tr. explicatione intelligo, quare diverſa ſit libertinorum & ingenuorum, ſed non quare porro libertinorum, qui iidem liberi facti ſunt, diverſa ſit conditio: & tamẽ propoſitio illa ſimpliciter univerſæ liberorum conditioni opponitur. Ergo adæquata ratio eſt & explicatio, quod ſervi omnes qua ad Dominum relati, æquali jure ſunt, domini par in omnes jus & poteſtas, & ſi qua diſtinctio, ea mere accidentalis & temporalis eſt, & à voluntate nutu & arbitrio domini dependet.

Quales ſunt plerique noſtri famuli. Male famulos hodiernos, bona fide ſerviẽtes liberos homines appellat: quia tales in uſu juris vocantur, quos aliquis bona fide pro ſervis poſſidet, neque bona fides ad ſervientes, ſed dominantes refertur: & longe diverſa conditio eſt ſervitutis quatenus ſtatum ſignificat, & quatenus aliquem ex contractu conductionis ad tempus ad miniſteria domeſtica expedienda obligat, quin iſta nec ſervitus appellanda eſt.

THESIS IV.

LIT. B.

Cum antiquis libertinis dedititiis.] Non video cur ruſticos, de quibus hic agit comparet libertinis dedititijs, ac non potius ſimpliciter dedititijs: ſiquidem horum ſimilitudine libertini infimi generis nomen fuerunt ſortiti. Cætera de operis prolixè hic tradita nihil moror.

LIT. C.

Hodie ingenuos facit.] Et ergo hodie etiam de liberis recte dicemus, in eorum conditione nullam eſſe differentiam: quippe & diſtinctione libertorum inter ſe, & porro libertinorum & ingenuorum ſublata.

Itaque l.17. intelligenda eſt.] Hoc quidem vulgo habetur liquidum ſed ſcrupulum mihi movet, quod utique cum conſtitutio Antonini ad omnes cives provinciales pertinuerit, conſequenter etiam, quoſdam libertini ordinis, qui civitatum ſuarum in provincijs cives fuerunt, ex illa conſtitutione cives Romanos effectos eſſe conſequitur. Quod ſi diverſitatem illam libertinorum tantum Romæ quis obtinuiſſe putaverit, quod & apud Vlpianum & Cajum tantum civium Romanorum & legum Iuliæ Norbanæ & Æliæ Sentiæ mentio fiat, quæ fortaſſis, ſicut aliæ leges, urbis Romanæ mænibus fere fuerint concluſæ, adhuc minus verum erit, legem Antonini ad ingenuos tantum provinciales pertinuiſſe. Hic tamen notandum conſtitutione illa Antonini, non plenum & integrum jus civitatis Romanæ, quale qui urbem Romam habitabant, conceſſum & collatum fuiſſe. Erant enim quidam optimo, quidam minori & deteriori jure cives, velut ſæpe apud Livium legimus quibuſdam ſine ſuffragio jus civitatis datum fuiſſe, de quo late Sigon. *de antiq. iur. civ. Rom.*

LIT. D.

Et quidem modis variis.] Diverſa libertorum conditio, depẽdet tum à manumittendi modis, tum à perſonis, & his tum manumittentibus tũ manumiſſis, quoniam non quivis dominus, nec quivis ſervus, nec quivis modus ad libertatẽ pleno jure quiritium deducere & deduci poterat, velut videre eſt ex tit. *I d. libert. inſ. Paulo 4 ſent. 12 & utrobique Cuiac. Vlp tit.1.& ſeq Caio 1. Inſt.1. Theoph. hic § ult. Inſtit. de ſucceſſ. libertorum l. Ariſt. d. fideic. lib.*

LIT. E.

Etiam apud legatum proconſulis.] Nota hic pugnat inter *l.1. in fi. iuncta l.3. de offic. proc. & l.17. de manumiſſ. vind* quos textus Tr. ſequutus Char. *1. verſ 3* Hottom & Duar. quos tamẽ hoc primum docuit Gl. conciliat diſtinctione temporũ, ante vel poſt ingreſſum in provinciam Verum nulla de illo videtur fuiſſe dubitandi ratio, cum antenee mandari potuerit legato jurisdictio, *l 4. inſ. de offic. proc* & verbum *talem*, quo utitur ICtus, ſatis arguit, legato tantum competere iurisdictionem contentioſam: & de eo qui nullam habet, inepte dicitur, non habere *talem*: niſi illud verbum, comparate dictum accipias ad jus ipſius proconſulis, qui ſtatim egreſſus portam Romæ, imperium & voluntariam jurisdictionem habet, *& l.2. in pr. Dio. libr.53.*

Plane veriſimile non eſt, Vlpianum ſimpliciter negaturum fuiſſe legato legis actionẽ, ſiquidem poſt ingreſſum in provinciam & mandatũ proconſulis eam ipſi competere exiſtimaſſet. Et ſui ipſius oblitus eſt Tr. qui *theſ. 8 lit. a.* hac

D 2 ipſa

Digitized by Google

ipſa diſput. apud legatũ pro conſulis adoptari nõ poſſe, probat ex *d l. 3. d offic proconſ.* quæ ſi cũ ipſo, hoc loco ad caſum quo nondum provinciam ingreſſus eſt, reſtringatur, probatio illa nulla plane futura eſt. Robert adhuc improbabilius ita textus cõtrarios explicat, ut legatus nomine proprio nõ habeat legis actionem, ſed poſt mandatã iuriſdictionem habeat, quæ itidẽ explicatio eſt apud Accurſ. *Alberic. Gentil. Dialog. 6 & 1. epiſt 9.* in manumiſsione per vindictam ſpeciale fuiſſe exiſtimat, ſed rationẽ ſpecialitatis nõ ſatis exponit. Porro rationes quibus Tr. ius illud legato vult aſſerere, parum aut nihil urgent. I. quia hic non quæritur an & quid mandari poſsit, ſed an iure mãdatæ iuriſdictionis generalis hoc legato competat; quod recte negatur. & mandatũ illud ad contentioſam iuriſdictionẽ refertur II. quia an aliquid mandari poſsit, non ex eo judicandũ eſt, an res ſit magni momenti, ſed an natura ſua ſit delegabilis. *arg. l. 21 de manum. vind.* ubi ſpecialiter dicitur conceſſum præfecto Ægypti, ut apud eum manumitti poſſit III. quia ut quid mandari poſſit, nõ ſatis eſt, ab alio hoc expediri poſſe, quod ita etiam imperium merũ & omnia ſpecialiter conceſſa recte mandarentur. IV. nulla eſt probatio ex *l. 1. & 4. d. damno inſ.* quia & mandatum ibi ſpeciale eſt & ejus rei quæ natura ſua mandari poteſt.

Ea quoque quæ à lege mortua] Excutienda hæc diſtinctio eſt, quæ à lege mortua quæ dantur, mandari, quæ à lege viva. non mandari poſſe affirmat. Equidem lex recte dicitur magiſtratus mortuus non item magiſtratus, lex viva, niſi eũ non ut miniſtrum legis, ſed ut libere imperantem, & jus dicentem cõſideras; quod nonniſi de ſummo principe dici poteſt. Cæterum ut de hoc accipiatur quod tamen verba *à Principe vel lege viva*, vix admittunt, nõ recte negatur, quicquid à principe datur mandari poſſe: vel quia iudex à principe datus ſubdelegare poteſt *l. 5. C. de iud.* vel quia princeps iuriſdictionem dat omnibus magiſtratibus, quam hi mandare poſſunt: vt adeo verum non ſit, nudum miniſterium à principe concedi: quando ex veriori ſententia Azonis, quam ipſe ſequitur *diſp. ſeq.* nec conceſsione Imperij meri nudum miniſterium & exercitiũ conceſſum intelligitur. Alterum quoque membrum in vitio eſt, quia cum lex mortua nihil aliud eſſe poſsit, quam cõſtitutio & ſanctio ſcripta, quod tamen parum commode dicitur, quæ tamen iſta ſpecialiter conceſſa ſunt, mandari nõ poſſunt *l. 1. in pr. de offic eius &c.* Et ergo an aliquid mandari poſsit nec ne, non definiendũ eſt ex cauſa efficiente, an ſit a lege viva vel mortua, ſed a qualitate rei commiſſæ, & forma modoque commiſsionis, an ſit ſpecialis an generalis.

Porro cum ad probandam ſententiam ſuam, quod apud legatum proconſulis poſsit manumitti Tr. hac ratione utatur, quod mandari poſſint, quæ dantur à lege mortua, poterunt conſequenter ex ipſius ſententia mandari legis actiones. Quod ego verum non exiſtimo, verbo ſc. legis actionum ex uſu iuris noſtri ſumpto. De quibus, ut in re obſcura, hac coniectura utor, ut exiſtimem, omnes actiones civiles antiquitus legis actiones dictas fuiſſe. *l. 2. §. 6. de O. I.* eaſque ita comparatas, ut neque per procuratorem *in p. I. de his per quos agere poſſ.* neque apud alium, quam magiſtratum ordinariũ nulla eum facultate mãdandi vel delegandi inſtitui poſſent. Poſtquam autem ut per alium ageretur receptum fuit, ſimul etiam ſenſim obtinuiſſe videtur, vt juriſdictionem mandare liceret. Remanſerunt autem aliqui actus ſub antiqui iuris diſpoſitione, magis perſonam afficientes, qui nec procuratorem ex parte privatorum *l. 24. & 21 §. 5. de adopt* nec mandatum ex parte magiſtratus admitterẽt, qui etiam cum qualitate legis actionum antiqua, etiam nomen iſtud ſibi proprium fecerunt. De quibus explico *l. 123 d. R. I.* qua negatur alieno nomine lege agere poſſe: & ſc. lege agere & ad privatum & ad magiſtratum ipſum in uſu juris referri ſolet: neque enim admitti poteſt, quod quidam tentant, ut de jure Caſco & eo tempore plane abolito Vlpian. reſpondiſſe exiſtimetur. Qui autem & rem ipſam & nomen hoc ſibi fecerunt proprium, videntur eſſe actus iuriſdictionis volũtariæ, de quibus cum agitur legis actionum mentionem fieri videas velut *in l. 2. & 3. de offic proconſul, l 1. d. offic. iuridic. l 4 d. adopt l 1. C. eod* Hinc eſt quod magiſtratus paris aut minoris hac in re iuriſdiction. (quod in contentioſa ſecus *l. eſt receptum d. iuriſdiction.*) prorogari non poterat. *l. 14 de manum. vind.* Ex quibus etiam apparet non apud quemcunque magiſtratum, apud quem tamen procul dubio iudicio agi poterat, legis actiones exerceri potuiſſe: adeoque propter illam ſpecialem, qualitatem & naturam, legis actiones iis quæ ſpecialiter concederẽtur, annumeratas, & ab his, quæ iure magiſtratus competere dicebantur remotas fuiſſe: quod præter allegatos textus firmatur ex *l. 21 de manum vind* ut etiam hinc videri poſsint præcipue legis actiones dictæ, vel etiam, quia totæ

à lege

Digitized by Google

à lege pendebant & à lege erant, ut putat *Scip. Gent. l. de iurisd. cap ult.*

THESIS V.

LIT. A.

Fit tamen id æquivoce] ſiquidem poteſtatem patriam ex iure antiquiori repetas, facile prædicationem univocam defendes, de quo iure *Halicarn. lib. 2. Ravard. ad LL. XII. tab. cap. 3. Bodin. de rep. 4* Et alias etiam duplex ratio Tr nihil cōcludit I. quod poteſtas dominica ſit potius dominium: quia conſideratio ſervorum qua res ſunt, ab ea qua perſonæ dicuntur : omnino eſt ſeparata; iuxta illam in domino, iuxta hanc in poteſtate dicuntur. II quod filiusfa. in publicis cauſis &c quin hæc ratio Tr. oppugnat, ſiquidem munerum illorum niſi prius detracta filijſam perſona, capax eſſe non potuit.

LIT. B

Cur non & matris] Non videtur ſatis bona ratio; a familia deſumpta, cum præſertim hodie quibuſdam modis citra mutationem familiæ filius liberetur poteſtate. Ratio verior eſt, quod etiam ex iure gentium maritus eſt caput familiæ qui licet diverſo Imperij genere, ut docet Ariſtot 1. polit. imperat uxori liberis & ſervis. Accedit quod in viro principium eſt generationis & conſilij, de quo etiam *Alberic. Gentilis 4. d. nupt. cap. ..* Et cūm igitur ex parte cauſa reverentiæ ſit ſubiectio, fortaſſis non adeo abſurdū fuerit dicere, non eandem, gradu & qualitate patri & matri deberi reverentiam, quandoquidem in nuptiis quoque contrahendis, patris non matris conſenſus neceſſarius eſt.

LIT. C.

Moribus recepta.] De hoc actum diſp. *praced. th. 9. lit. g.*

LIT. D.

Etſi contrarium ſtatuat] Hoc ex l. 18 non recte colligi, & ex fragmentis citatis nihil ſolidi probari poteſt.

LIT. E.

De partu ſeptimeſtri res dubia non eſt : ſed quod Tr. ſubiicit, de partu octimeſtri minus dubitandum & connexionem nullam habet, quod hac in re à numero dierū vel menſium argumētari non licet, & iudicio medicorū falsū eſt, quorum hæc conſtans ſententia octavo menſe partum vitalem & perfectum non naſci : quod & ipſe Boerius allegatus ſcribit, & magis firmatur ex ijs, quæ notat *Gothofr ad l. 12. h t & Gellius 3. noct. Attic 16.* Alia quæſtio eſt an hic partus teſtamentum rumpat, quod per ampliationem affirmat Tr. *imo etiam dicendum, &c.* parum ſubtiliter, quia præſuppoſito partum eſſe vitalem, nulla dubitandi ratio eſt quin rumpat teſtamētum imo hoc facilius eſt, poſtquam conſtituit *Iuſtin. l 3 C. de poſth. hered.* rumpi teſtamentum, ſi partus ſaltem ediderit vocem, licet ſtatim corruerit: ſecundum quæ etiam Boerius cenſet, octimeſtrem partum, licet vivere non poſſit, tamen rumpere teſtamentum, in cuius ſententiā vel ideo proclivior ſum, quod certo, & exacte ab octavo conceptionis menſe quem natum eſſe, vix conſtare poteſt; quod & notat *Hott. 9. obſ. 9.* cæteroquin eiuſmodi partus, qui per rerum naturam vivere nequit, pro abortivo haberi poſſit. Adde tamen Clarum §. *teſtamentum quæſt. 45. n. 3.*

LIT. F.

Niſi fortè ſub initium undecimi menſis] Limitatio videtur nulla, cum hic non poſſit dici natus menſe decimo, de quo in theſi tractatur. Cæterum legiſlatores de eo quod regulariter accidit diſponere ſolent: & referuntur alias ab autoribus exempla fœminarum, quæ undecim aut duodecim menſibus, geſſerint uterum.

Utrum pater.] Quæſtio hinc plane aliena hic tractanda non eſt.

In dubio partus ſecundi mariti.] Non exiguus huius quæſtionis effectus, propter ſucceſſionis ius, in quo etiam intereſſe matris ratione uſusfructus poſſit verſari. Sententiæ quam poſt Imolam, referente Graſſo, ubi etiam variæ diſtinctiones, Tr probat non ſufficiens apparet ratio: & ſi ponas virum priorem circa tempus mortis ad generandum habilem fuiſſe, ita ut tempora conceptionis & partionis congruere poſſint, nihil prohibere videtur, quo minus prioris mariti partus debeat haberi : de quo *vide allegatos à Tiraq in l 7, connub nu. 52.* Ubi quorundam hanc ſententiam refert, ut eius ſit partus, quem facie magis refert, Adde Boer *deciſ. 168. n. 3. inſ.*

LIT. H.

Nec obſtat l. ult de collat.] Non videtur inter hos textus ulla eſſe pugna & Tr. reſponſio, *quia ubi una perſona* &c. aut nulla aut valde obſcura eſt Bart. ideo id fieri reſpondet, quod poſthumus non poſſit, dici in poteſtate parentis: quæ quidem ipſius ICti ratio, ſed minus ſufficiens eſt. Et dixerim potius, cum fictione ſola iuris poſthumus quibusdam caſibus pro nato habeatur, ius autem non fingat niſi in caſu neceſſitatis, nullā neceſſitatem occurrere, cum ſufficiat

Digitized by Google

poſthumo, ſi interim ſit in poſſeſſione bonorum, ne ullum ex dilatione in tempus nativitatis ſentiat incommodum: cum præſertim fieri poſſit ut poſthumum non naſcatur, & mulier abortum faciat: cum etiam collatio tribuat actu idem poſſeſſionem, quæ in nondum natum transferri nequit.

THESIS VI.

LIT. A.

LEgitimatio eſt legis act o. [Ut hoc admittam in oblatione curiæ & reſcripto principis, ita dubito an verum ſit in legitimatione per ſubſequens matrimonium: quod lex hunc effectum ſemel & in genere dedit matrimonio, quod ſimplici cōſenſu citra ſolennia & interventum ullius magiſtratus contrahitur, de quo plurib. infra *part. 2. diſp. 6. th. 7. lit. a.*

Itaque lex quæ ex iuſto matrimonio.] Non pauca hic deſidero. I. quod adſcribit legi, ut liberi ex iuſto matrimonio legitimi ſint, ſi quidem matrimonium non ex civili, ſed gentium, imo divino iure eſt; eoq; II. non placet exæquatio & comparatio, quod ead ratione lex ex concubina natum legitimum facere potuerit. Neq; moveor adductis Novellis quibus ipſe Iuſtin natura omnes liberos æquales, nullamq; naturalium & legitimorum differentiam fuiſſe affirmat. Ille quidem ſuæ cauſæ inſerviens, & ſpecioſum prætextum novæ legi quærens ita diſputat: ſed fortaſſis repugnante, quam dixi, ratione, quod matrimonium ex iure gentiū ſit, & ꝙ alias ex ſententia, Iuſt. ſequeretur, iſtud manifeſto abſurdū & falſum, quod iure gentium coniunctio maritalis & matrimonialis è concubitu vago aut eō iunctione concubinaria, nihil differret.

LIT B

Quam uxorem habere licuiſſet.] Hoc paulo generalius dicitur: ſiquidem & ſcortum uxorem ducere licet, & tamen licet hic de patre conſtat, & ipſe ſe patrem fateatur, legitimationi locus non eſt.

LIT. C.

Conſentientes] Quos ipſe in hac quæſtione & Fachin. pro diſſentientibus adducunt, de iure canonico hoc ſtatuunt, quoniam de iure civili textus ad hoc expreſſus in *Nov. 89. cap. 11.* & quidem diſſentiunt non ſimpliciter, ſed in ſpecie legitimationis per ſubſequens matrimoniū. Et duplex ratio pro iſta ſententia facit, tum ꝙ legitimatio ſit effectus matrimonij, tum præcipue quod ex vulgata ſententia, legitimatio hæc fiat per fictionem iuris ut matrimoniū retrotrahatur ad tempus nativitatis: qua fictione admiſſa, non requiretur neceſſario conſenſus liberorū.

LIT. D.

Poſtea id ratum habentes] Cum conſtitutio *Nov. 89. cap. 11.* in ſpecie huius legitimationis per matrimonium, paulo videatur a ratione alienior, vix putarim eam extendendam, ut etiam poſtea liberis diſſentire liceat. Plane videtur hæc quæſtio conſiderata ad ius noſtrum, non magni eſſe uſus: quippe cum hodie non adeo magnus ſit patriæ poteſtatis effectus, & itidem hodie damnato cōcubinatu, omnes extra matrimonium nati pro ſpurijs habeantur, vix reperietur quis ita mentis inops ut ſpurius poti⁹ manere, quam ſe legitimari velit.

LIT. E.

Hic comparent eos, qui religionis cauſa, &c.] Sententiam illorum, quos oblationi curiæ ingreſſū monaſterij comparari ait lit. e. male accepit & male ſimpliciter propoſuit Tr. ſiquidem ut apparet ex Hartmanno allegato 2. *miſcel. obſ. ult.* quoad hoc ſaltem ſit comparatio & ad unum effectum, ut poſtea promoveantur ad ſacros ordines, minime autem quoad effectum patriæ poteſtatis, de quo hoc loco quæritur, cum hæc potius ingreſſu monaſterij ſolvatur.

LIT. F.

Adeoque & in Emphyteuſi civili. Particula, *adeo,* efficit, ut maior in Emphyteuſi civili debeat eſſe dubitandi ratio. Quod contra eſt, quod facilius eſt ut in civili, quam in Eccleſiaſtica ſuccedatur ut ſuſpicari liceat errorem typographi, cū Portius allegatus, de Eccleſiaſtica quoſdam diſſentientes alleget. Verum cum ex iure canonico omne vitium purgetur, merito etiam in hac emphyteuſis ſpecie ſuccedent: quod ſecus eſt in legitimato per reſcriptū, qui in hac emphyteuſis ſpecie nō ſuccedit, *ut not. poſt Dd. G. 2. ob. 140. n. 9.*

Et in feudis ſuccedunt.] Sententia hæc duplici ratione fulcitur. Primo quod matrimonium purget omnia vitia præcedentia, ca. tanta, qui filij ſint legitimi. Secundo quod fictione iuris retrotrahatur matrimonium ad tempus nativitatis, ut ab initio & retro liberi & ſemper legitimi fuiſſe videantur. Verū reſpondeti poteſt ad primum, quod illa purgatio non ſit vera, ſed ficta, & licet vulgo dicatur, quod fictio tantum operetur in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero, id tamen non ſimpliciter ſed ſecundum quid accipiendum eſt, & ratione effectuum illius iuris, à quo fictio eſt: at quin fictio iſta eſt à iure civili, nō iure feudali, in quo textus generalis *in §. naturales, lib. 2. tit. 26.* qui licet indefinite loquatur, vulgatum tamē eſt, ꝙ indefinita æquipolleat univer-

Digitized by Google

niverſali:utrique indefinitā propoſitionem ad unam ſpeciem reſtringere, duriuſculum videtur, cum præſertim verba *d.§.nec ſoli nec cum aliis*, legitimatis per reſcriptum minus conveniant, quod alijs extantibus legitimatio iſta non habeat locum, niſi reſtringas ad illos, qui poſt legitimationem ex matrimonio nati ſunt, vel etiam illis temporibus, alijs quoque liberis extantibus, legitimationi per reſcriptum, quoad quoſdam effectus, locum fuiſſe dicas: quæ tamen & ſimilia ſimplicitati textus non conveniunt. Et omnino ſi rem ipſam exputamus fictio iſta veritati derogati non poteſt, neque efficere, quo minus iſti liberi fuerint naturales, ut nō immerito Baldus ſemper hic aliquam cicatricē ſupereſſe dixerit. Et quidem aut diſputamus ex iure feudali, & hoc non diſtinguit: aut ex iure civili, & hoc, legitimatio per reſcriptum tantum operari videtur, quantum quæ fit per matrimoniū, cum faciat ſuos, in poteſtate, & nihil a legitimis differentes, *N.74.c.1.& 2.N.89.c.9.* Et notandum quod legitimatio per matrimonium nō fit ſola matrimonij poteſtate, ſed magis authoritate & aſſiſtentia legis, quæ illi hunc effectum dedit: ſiquidem iure veteri nulla talis fuit legitimatio, & adhuc ante Iuſtin. huic quoq; legitimationis fines anguſtiores præſcripti fuerunt, ex quibus nō difficulter ſecunda etiam ratio removetur, accedente & hoc quod illa retrotractionis fictio nō eſt abſoluta, quandoquidē, ut paulo ante dictum ex *N.89.c.11.* non niſi conſentientes liberi legitimantur. Eoque minus recte a quibuſdam captatur verbum, *poſtea* in *d.c.naturales.* quaſi ita legitimati ab initio legitime nati videātur: quia ut diximus, fictio iſta non operatur abſolute, neque utique ea veritatē rerum tollere poteſt, aut efficere, quo minus vere dicatur liberos iſtos ab initio naturales fuiſſe: neque aut probabile aut veroſimile eſt, quod ſubtilis iſta conſideratio, collectori conſuetudinum feudalium venerit in mentem.

Etiam abſque dotalibus inſtrumentis.] Veram puto hanc ſententiam I. Quod ſine dotalibus inſtrumentis conſiſtant nuptiæ, quarum legitimatio effectus, qui adeo ponetur poſita cauſa. II. quia cum in iſtis inſtrumentis non ſit neceſſe facere mentionē liberorum, nihil etiā illa ad hos legitimandos operabuntur. III. Quia alias nō poſſent legitimari liberi, nati ex cōcubina paupere, quæ dotē dare nequeat: neq; enim hic per inſtrumēta dotalia intelligere poſſis; quæcunque ſuper aliquo capite confecta inſtrumenta: quæ etiam alias ad legitimationis eſſentiā requiri fuerit perabſurdum. IV. Facit, ꝙ in legibus antiquis Zenonis & Anaſtaſii *in l.5.C.d. natural.lib.* nulla inſtrumentorum dotalium fit mentio. Cæterum ratio qua ſola poſt Cuiac. Tr. utitur ex *N.117.* ex qua probari videtur, quod ſola nominatione legitimentur liberi, nullius eſt momenti: quoniam nominatio in illa ſpecie non ex ſe eum effectum producit, ſed quatenus præſumtionē inducit pro matrimonio: idq; inde apparet, quod ob unius nominationem omnes liberi legitimi habentur: adeoque in caſu certo, ubi concubinam eſſe conſtat conſtitutioni illi locus non erit. Non obſtant huic ſententiæ varij textus quibus inſtrumēta dotalia requirūtur velut in *N.12 c.4.N.18.ult.N.74.in pr. N. 89.c.8. & 11.§.ult.I.d.nupt.* ubi duo ponuntur ablativi abſoluti: quia reſpondetur. I. Quod illis locis ſignum videatur poni pro re ſignata: quia cum frequens eſſet, inſtrumenta dotalia conficere, inde factum vero ſimile eſt, ut eiuſmodi inſtrumentorum confectio pro nuptiarum celebratione poneretur cuiuſmodi loquendi formulæ occurrunt in *l.11.in pr.C.d.natur.liber. N.12.c.4.N. 89.in pr. & c.11. N.18.c.ult.* II. Quod illis locis non ad eſſentiam legitimationis, ſed probationis cauſa inſtrumenta requirantur quod cum illo ſeculo citra alias ſolēnitates ſolo affectu nuptiæ cōtraherentur. *N.117 c.4.* ut de mutata affectione concubinaria in maritalē conſtaret, inſtrumentorum hæc ſolennitas præcipue utilis viſa fuit. Quod ſi igitur ponas, alia ratione æque cōmode aut commodius hoc probari poſſe, etiam ex ratione iuris civilis, inſtrumenta præciſe neceſſaria eſſe negabo. Eaque gratia alijs quibuſdam caſibus dotalia inſtrumenta deſideraſſe videtur Iuſtin. velut in *N.74.c.4.N.78.c.3.N.117 c. 4.l.22.cum l.ſeq.C.de nupt.* Et ergo omnino errat *Vaſquius quæſt.1.n.1.* ubi legitimatum ſine dotalibꝰ inſtrumētis in terris imperij ſuccedere negat.

Si matrimonium ſaltem tempore nativitatis.] Sētentiam iſtam ita generaliter poſitam admittēdam non puto. Fingamus mulierem alteri nuptā ex adulterino concubitu concepiſſe, maritum, antequam partus ederetur, defunctum: ex ſententia Tr. per nuptias adulteri cum adultera partus legitimabitur. Quod licet admittat *Ioh. Faber in §. ult.I.nupt num.3* falſum exiſtimo: vel quia legitimatio fit per fictionem retrotractionis ad tēpus conceptionis, ꝙ alias macula, quæ eſt in conceptis ante nuptias, perfecte elui non poſſet: & fictio offendere debet extrema habilia:

vel

vel quia obiectum legitimationis tantum ſunt liberi naturales ex concubina nati, non Spurii, etiamſi quis patrem ſe fateatur, multo minus adulterini. quibus etiam ex *N. 8. c. ult* nulla ut Iuſtin. loquitur, impertienda eſt clementia, & quod paſſim requiritur, ut uxor eſſe poſſit, cum qua pater conſuetudinem habuit, procul dubio ad tẽpus ipſius cõſuetudinis referendũ eſt: & amplius legitimandi ius novum & fictione ſubnixum, non temere extendi debet. Sed duo obiiciuntur I. Quod Iuſtin. hac in re vult ſpectari tempus, quod partui eſt utilius *l. nuper. C. de natural lib. N. 89. c. 8.* Reſ. ponendos eſſe terminos habiles de quibus ibi tantum agitur, videlicet de concubina, & eiuſmodi muliere, ad quam legitima conſuetudo eſſe poterat *(verbo præteriti temporis)* & hoc traditur ſive quis concubinã iam enixam, ſive gravidam ducat. legitimationem ſequi. II. Obiicitur *l. 5. d. ſtat hom.* ubi tempus nativitatis inſpicitur. Reſ. à diverſis nihil concludi, & aliud eſſe cum quæritur an partus liber an ſervus, aliud. an legitimabilis ſit. 2. Id ſpecialiter ſtatutum favore libertatis. 3. Nihil inde ad hunc caſum recte inferri poſſe: quoniam id ſaltem ex *d. l. 5.* colligitur, inſpice conditionem & ſtatum matris, qui fuit tempore nativitatis: iſtud etiamſi huc accommodemus, nihil proderit liberis, quia æque nativitatis ac conceptionis tempore mater adultera eſt: eoq; committitur fallacia diverſæ quæſtionis. Quod ſi quis ita inferat, ſi ut partus liber ſit, ſufficit matrem tempore nativitatis liberam fuiſſe, ergo etiam ut legitimatio fiat, ſufficiet matrem tempore nativitatis in uxorem duci potuiſſe: negabo conſequentiam, quia illic hoc unum ſufficit, & nullum vitium eſt, hic autem unum hoc non ſufficit, & obſtat vitium adulterii & delictum quod intervenit tempore conceptionis, ubi ridiculum ſe præbet *Fachin. 3. controv. 50.* dum nihil habet quod iſtis reponat præter verba Iuſt. ſupra adducta & male intellecta Quod ſi quis ita concludat: ſi ne partus ſervus ſit, ſatis eſt, matrem non fuiſſe ſervam tempore nativitatis: licet ſerva fuerit tempore conceptionis: ergo etiã ne partus adulterinus ſit, ſufficit matrem non eſſe adulteram tempore nativitatis, licet fuerit tempore conceptionis, totum argumentum concedam, atqui fieri nequit, ut quæ ſemel adultera fuit quocunque caſu eſſe deſinat ſervitus autem tantum eſt externa, quæ manumiſſione omnino evaneſcit. Et hæc eadem obtinebunt in partu ex ſtupro, V. C. ex marito & ſoluta, concepto & edito. Cæterum ſi quæſtio ad theſin revocetur, diſtinguendum videatur, an tempore conceptionis impedimentum aliquod iuris divini, naturæ vel gentium obſtiterit matrimonio an tantum iuris civilis, quo poſteriori caſu favorabiliter admiſerim legitimationem, verbi cauſa filius emancipatus ſororem adoptativam ducere poteſt, curator adultam ſuam finita cura & rationibus redditis, poteſt: quibus & ſimilibus caſibus partus impedimento ſtante conceptus, poſtea autem natus, nuptiis ſecutis legitimari poteſt. Et quamvis ex ratione iuris civilis hic quoque ſtuprum commiſſum fuerit, attamẽ quia iuxta mores hodiernos, illicito plane concubinatu, nulli revera naturales ſunt, ſed omnis concubitus extra matrimonium pro ſtupro habetur, idem aut legitimationis uſus, quod abſurdum fuerit, plane tollendũs eſt, aut concubinæ verbum latius hodie uſurpandum,

LIT. G.

Vel ab ipſo principe & ſolo &c.] Minus bene hæc Tr. Quia cum dicimus ſolum principem aliquid poſſe. excludimus magiſtratus inferiores, non quibus in ſpecie hoc princeps mandat. Et exiſtimo, quod etiam in Gallia rex aliquando facultatem illam mandet, & quin mandare poſſit, dubitari non debet; niſi forte Tr. loquitur comparative ad mores Germaniæ, quibus ſc. Imperator non unum aliquem actum, ſed in genere ius legitimandi comitibus Palatinis, demandare ſolet. II. quia non tantum comitibus Palatinis, ſed etiam aliis, veluti ſi de uno actu quæratur, facultatem illam imperator demandare poteſt,

Per rationem th. 4. lit. e.] Eam rationem ibidẽ examinavimus: cæterum vera ratio eſt à qualitate rei, quæ per ſe non delegabilis, & ad reſervata principis pertinet.

Naturales à ſe ipſis.] Dubia hæc ſententia redditur ex eo, quod actus iuriſdictionis voluntariæ, quibus legitimatio ſimilis in propriis verbi cauſa libertis & ſervis exerceri poſſunt *l. 4. de adopt. l. un. §. 2 de offic. conſul. l. 5 d. manumiſ. vind.* Et Geil. alleg. de priori quæſtione tractat, an comites Palatini ſubdelegare poſſint.

Cæterum quod Accurſius.] Nata hæc opinio ex ignorantia veteris reipubl & quod Accurſ curiam de aula principis intellexit.

Quid autem an legitimatus.] De hoc tractatur th. ſeq. lit. d.

Etiam ex damnato coitu natos.] Diſtingui hac in re

Digitized by Google

in re oportet inter legitimationem propriè ita dictam & diſpenſationem; quæ duo nō male diſtinguit *Geil.2.obſerv.141.* in liberis iſtis diſpenſatio admitti poteſt, ſed non legitimatio, eoque Tr. male ſequitur Fachineum qui etiam legitimationi locum facit; ex hac unica ratione, quod natura omnes liberi ſint æquales, & nulla legitimorum & illegitimorum differentia. Verum hoc ipſum manifeſto falſum eſt, ſiquidem iure gentium, imo iure naturæ inceſtus & adulteria damnantur. quod præter *l. ultim. d. rit. nuptiar.* omnium Theologorum & Philoſophorum cōſentienti opinione probatur. Et quod à Iuſtin. *in N 47. cap. 1. & N. 89 cap. 9.* pro ſententia Fachinei ſcriptum videtur, ad illud iam ſupra reſpondimus, & ad terminos habiles referendum eſt, videlicet concubinas, quæ cum ex ratione iuris civilis ſola affectione ab uxoribus diſtingui dicantur, quaſi naturaliter uxores videri poſſunt. Et refutatur Fachin & Tr. ſententia ex eo, quod obiectum legitimationis tantum ſunt liberi naturales, nati ex fœmina quæ potuit eſſe uxor, ſecundum quod paſſim, ubicunque de legitimatione agitur, traditur; atqui hi liberi ex damnato coitu nati nec alendi nec ulla clementia digni ſunt *N. 89. c. ult.* & ex tribus caſibus, quib⁹ hāc legitimationem admittunt *N. 74. & 89.* nullus hic locū ſibi vindicare poteſt; facit quod legitimati per reſcriptum legitimis æquantur *N 89. c. 9 §. 1.* Neque obſtat *d. c. in pr.* quia intelligendum ibi eſt peccatum ipſius fœminæ, quæ cum alio eſt fornicata *arg. N. 74. in pr. §. 1. in fin* quamvis ſi prohibitio nuptiarum mere ſit iuris civilis, legitimationi non invitus locum fecerim, cæterum de differentia inter legitimationem & diſpenſationem. vide etiam *Caſtrenſ. in l. 1. §. ſi filiusfam.* ad SCtum Macedon n. 7

Alterius tamen ſubditum.] Triplex hic quæſtio formari poteſt. I. an princeps ſubditum ſuum legitimare poſſit in alieno territorio, quod omnino affirmandum, quod hic actus iurisdictionis eſt voluntariæ, qui quocunque loco exerceri poteſt, *l. emancip. 36 ubi id not. Bl. d. adopt.* II. an ſi princeps ſive in ſuo ſive in alieno territorio legitimaverit ſubditum ſuum, an hic ubique & in bonis alibi quoq; ſitis ſuccedat: quod itidem affirmandum, quod ex quo princeps iure ſuo & rite legitimavit, etiam legitimatus pro filio haberi debet. 3. an princeps alterius ſubditum, ita ut ubique ſuccedat, legitimare poſſit: quod magis eſt, ut cum Tr. ſit negandum: quod ita alias quodāmodo præiudicium fieret principi alterius territorij, qui ipſe ſubditū ſuū legitimare potuiſſet, & quod nō legitimavit, iuſtas præſumitur habuiſſe cauſas, de quib⁹ nec cognoſcere nec diſpēſare princeps alius potuit per notata *Rol. à Vall. 1. cō 88. n. 22 & 33.* quamvis ſane in caſu legitimationis ordinariæ quæ fit voluntate patris contrarium defendi poſſit, arg. boni textus in *l. 1. C. de emanci.* & habet hoc vicem quandā prorogationis.

THESIS VII.

LIT. A.

Affirmat hic, quod nepos etiā per ſubſequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus Caſus nimirum hic eſt: ſuſtulit quis filium ex concubina, qui filius cum ex uxore legitima vel ex alia cōcubina filium ſuſtuliſſet, moritur: avus poſtea concubinam ducit in uxorem: quæritur an nepos fiat legitimus, ita videlicet ut priori caſu, quo nepos eſt legitimus ad hunc effectum, ut avo ſuccedere poſſit, legitimetur. Sentētia negativa cōtra Tr. veriſſima eſt. quia filio defuncto deficit mediū, per quod legitimationis ſeu potius matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotē pertingat: quin ſi maxime adhuc filium ſupereſſe proponas, tamē coniugium avi efficere non poteſt, ut nepos & ipſe naturalis legitimus ſit, niſi aut cōcubinam à filio in uxorē ductam, aut nepotē in filii locum ſucceſſiſſe fingas, qui ita legitimus fiat, ac filius ipſe ſi viveret. Quæ tamen & per ſe inepta ſunt, & præter ius introducere fictiones, & fictionibus cumulare non licet. Sed & ſi ponas caſum, quo filius naturalis ex legitima uxore nepotē ſuſcepit, legitimationi locum non eſſe, & de ea fruſtra quæri defendam: quia hic medium habile deficit, vel quia hæc perſona plene legitima eſt. & legitimatio eius qui iā legitimus eſt, ad ſolum effectum ſuccedēdi iure civili incognita eſt. Ex quibus facile refutatur ratio Fachin. quod lex retro trahat nuptias ad tēpus nativitatis: etenim ſi nepotē quoque naturalem ponas, hæc ratio non concludit, quia non ſi filius legitimus, etiam ex eo nati ſi iuſta uxor non fuerit, legitimi ſunt: & utrique etiam ex filio utcunq; legitimo, & concubina, naturales liberi naſcuntur. Nulla etiam ratio eſt Covar. ab exemplo adoptionis, quod etiā nepotem tanquā ex filio præmortuo adoptare poſſū: quia a diverſis non fit illatio, & effectus præter intentionem agentis & naturam actus induci non poteſt: nepotem illum naturalem avus in filium vel nepotem ex filio adoptare poteſt: quia hæc natura & vis adoptionis eſt, qui effectus ex matrimonio avi iure deficiente effici nō poteſt

Digitized by Google

& omnino matrimonium cum concubina non poteſt legitimare liberos niſi ex illa ipſa concubina natas.

Lit. B

Ita tamen legitimatus.] Incongrue hoc proponitur, quia non ad caſum proxime præcedentē pertinet, ſed in genere ad quæſtionem de legitimato per ſubſequens matrimonium in qua quæſtione quo videlicet jure ſint liberi ex concubina nati, quam pater poſt liberos ex intermedia uxore ſuſceptos, uxorem duxit, tres ſententiæ ſunt, duæ in extremo quod alij nullo modo eos legitimari, alij ita legitimari, ut etiam liberis ex intermedio matrimonio natis præferantur: & tertia media; quam ſequitur Tr. contra quam pro extremis fortiter hæc ratio pugnare videtur quod hæc legitimatio non fiat niſi beneficio fictionis per retrotractionem ad tempus nativitatis, qua admiſſa utiq; illi priores erunt, cū etiam alias fictio illud opeteretur in caſu ficto, quod veritas in caſu vero, atq; ita obtinebit extremū poſterius. Quod ſi ex intermedio matrimonio natus illis præfertur: non poterit fictio, quæ aut inſolidū, aut plane nō operatur, aſſequi effectum ſuum, & ea excluſa nulla erit legitimatio, atque ita obtinebit extremum priu . Attamen cum durum ſit alterutrum ſtatuere, aut negare legitimationem aut liberis legitime natis ius quæſitum auferre, pro Tr. ſententia dici poteſt legitimationem fieri citra fictionem ejuſmodi retrotractionis, legis ſola poteſtate. & quidē fictionē iſtam, ſi quæ etiam admittenda ſit, non perfecte & abſolute operari probatur tum quod ante Iuſtin legitimationis iure jam recepto, non legitimabantur liberi, ſi nulli alij ex matrimonio nati fuiſſent; *l.11. C. de natural. lib* tum quia hodieq; non niſi conſentientes liberi legitimantur *N.89. c.11.* facit quod d. *N. 89. & N. 74* liberi per reſcriptum legitimari, ubi nulla fictio, legitimis æqui parati dicuntur, vide etiam Salicet. *in l quoties 15. C d rei vind. n. 6.*

Lit. C.

Vnde fruſtra quærunt Dd.] Ratio Tr. eſt, quod extantibus liberis ſecundum ius civile hæc legitimatio habet locum. Atquin th *præced. lit. c.* etiam eorum qui ex damnato coitu nati ſunt, legitimationem admittit Tr quæ tamen magis improbata iure ciuili Et ordinarium hoc ius eſt de quo agit Tr. quo non obſtante poterit princeps ex juſtis cauſis etiam ubi alij liberi ſuperſunt, legitimare: eoq; reſpiciunt Dd. in hac quæſtione, an legitimorum facienda mentio, quod apparet ex alleg. *Geil. & Covar. d. mat. p 22. c. 8. §. 8 n. 16.*

Lit. D.

Secus eſt exiſtentibus.] Vix hic ratio dubitandi eſt, cum tantum iure excipiatur caſus extātium liberorum: cæteroquin quæ mortuo patre, delata hæreditate fieri poteſt legitimatio, omnino irregularis eſt: & præter officium fecerit princeps, ſi hoc caſu legitimaverit liberos ad effectū ut ſuccedāt patri naturali, qui ſi eos ſibi hæredes eſſe voluiſſet, ipſe legitimationē à principe petijſſet Plenitudinē tamen poteſtatis, cum nihil nō opinionis errore concedunt Dd. hoc admittit *Cov. p 2. d. matrim. c. 8. §. 9.* Fach. autem in altero extremo eſt, & in caſu tamen legis ſpecialis, ne quidem cognatis per iſtam legitimationē præiudicare poſſe exiſtimat.

Et cū hi nō vere ſed ficte.] Affirmat hic per legitimatos ex reſcripto non excludi fœminas, ſtante ſtatuto, ut extantibus maſculis fœminæ nō ſuccedant. Cæterum ego cum *Baldo ad l. eam quam C de fideicom. n 26.* generaliter loquente contra Tr. ſentio, ſi videlicet ſecundum ius ordinariū nullis dum extantibus fœminis, legitimatio facta proponatur. quoniam cum iuxta vulgatum illud quo d. loco Bald. utitur, ſtatuta recipiant interpretationem paſſivam à iure communi, hoc liberi ita legitimati ſui & in poteſtate & nihil à legitimis differre dicuntur *N. 74. c. 1. & N. 89. c. 9.* & adeo cum ratio ſtatuti ſit conſervatio, ſplendor & favor familiæ, cuius fœmina terminus & finis dicitur, merito hi legitimati , qui familiæ iura conſequuntur, fœminas excludent. Neque enim admitti poteſt ſententia eorū quos ſequitur Tr *p. 2. diſp. 16. th. 2. lit. f.* fœminis natis legitimationē antea rite factam revocari. Cæterum ſi legitimati fuerint iam extantibus fœminis, has excludere non debent, quod iſta legitimatio irregularis, & diſpēſatio quædā, ne nimium derogет iuri communi, a quo alias dupliciter recederet, & excludendo fœminas, & excludendo per eos, quos ius cōmune ordinarium nō agnoſcit.

Cum in his nulla ſit fictio.] Commode hoc explicandum eſt, quod ſcil. hic non ſit fictio directo & proxime circa liberos : eſt tamen fictio mediate circa matrimonium, ex quo illi nati finguntur.

Lit. E.

Negat hic legitimatum à Pōtifice ſuccedere in terris Imperij. Cæterum ſi quidē Pontifex ius legitimandi habet, & ſubditum ſuum legitimavit, diverſa ſentētia iuri divino cōtraria nō videtur: & Bald. pro Tr. allegatus ius Pōtificis potius aſſerit, & tantum circa acceſſoria matrimonij

mani-

Digitized by Google

magiſtratum laicum aliquid diſponere poſſe admittit.

THESIS VIII.

LIT. A.

Qui actus mancipationis vocabulo.] Imo adoptio ipſa mancipatio non eſt, ſed mancipationibus intervenientibus ex ratione iuris veteris perficitur iuxta *l. ult. C. de adopt.* Et non ſatis ſibi convenit Tr. dum ea ratione actum legitimum facit adoptionem, quatenus ſub mancipatione continetur: quippe eo poſito contra Tr. hodie actū legitimum non eſſe conſequetur.

Vt & manumiſſio.] Idem hic vitium quod iam notavimus, & hoc inſuper, quod in manumiſſione ſervi interveniſſe mancipationem, nulli proditum eſt, neque rationi convenit.

Quod etſi factum ſit.] Non ſimpliciter concedēdum, omnem hic ſolennitatem eſſe ſublatam, licet iuris veteris imaginariæ ſolennitates abrogatæ ſint.

Adeoq; verum eſt eam diem.] Illatio hæc deſumpta eſt ex *l. 77 de reg. iur.* iuxta lectionem Florentinam affirmantem: quæ tamen ſatis inconcinna, & longe aptior vulgata & Holandrina negans, quā ſequitur Hottō. *illuſtr. quæſt. 32* ut quidam actus legitimi eſſe ſtatuantur, qui recipiunt diem vel conditionem: ſecundum quod illa Tr. illatio bona non erit: de quo alibi.

An apud legatum proconſulis.] Negat hic apud legatum pro conſulis adoptari poſſe ex *l. 3. de offic. proc* Quæ probatio ideo vitioſa eſt, ꝙ ipſe ſupra *th. 4. lit. e.* illum textum ad caſum, quo legatus nondum ingreſſus eſt provinciam reſtrinxit: & plane arbitrarium eſt, quod adoptionem ad alterum diſtinctionis *d. th 4.* propoſitæ membrū, vult pertinere. Equidem ibidem diſtinctionem eam improbavimus & nulla ratio vel textus ſuadet, ut hac in re adoptio & manumiſſio opponantur, & illa legi vivæ, hæc mortua aſcribatur: illa demandari non poſſit, hæc poſſit: imo & textus & rationes contrarium ſuadent.

LIT. B.

Quo caſu plures.] *Cont. cap. 6.* duas fictiones refert, ut & quis habuiſſe filium, & hic porro alium filium habuiſſe fingatur. Verum dubium videtur an textus iuris hac de re loquentes *in l. 37. 43. & 44. de adopt. & §. 5. Inſt. eod.* etiam de eo caſu accipiendi ſint, quo quis filium habuit nunquam: ſiquidem hoc caſu non niſi inepta, & nullius effectus futura ſit nepotis adoptio

Niſi filius aſſentiatur.] Quod effectum, quem ſubjicit ſtatim Tr. ut filio ſuccedere poſſit, nulla dubitatio eſt, neque hinc diſſentit Contius: ſed quoad alios effectus non omnino nullam iſtam adoptionem fore non improbabiliter exiſtimat *ex l. 11. de adopt.*

LIT. D.

Improprie loquitur, dum ei ait permitti jus adoptandi, qui plenam habet legis actionem: quia hæc phraſis ad ipſum magiſtratum referri ſolet, privato autem jus adoptandi competit.

LIT. E.

Adoptionem hic ad con tractus inſtar redactā ait, duplici ratione. I. quia fiat conſenſu eorum, qui hoc caſu utantur, ita ut hoc ad ipſos adoptādos referat. Atquin ratio non concludit tū quia etiā infans, cuius nullus cōſenſus, in adoptionē dari poteſt, tum quia adoptandus magis obtinet rationem rei, quæ in contractum deducitur, neque niſi ratione parentum, dantis in adoptionē & adoptantis adoptio contractus appellari poteſt II. quia fiat per mancipationes. Atquin hæc ratio ex jure novo nulla eſt, & cum priori etiam vix concurrere poteſt, quia tantum inter utrumque parentem mancipatio contrahitur: & proprie loquendo, adoptio omnino diverſa eſt à mancipationibus illis, quæ fient & manumiſſiones ideo interveniebant, ut filius in poteſtate adoptantis firmiter manere poſſet, qui alias ex antiqua L. Romuli, in poteſtate patris naturalis aut manſiſſet aut in eā reverſus fuiſſet

Et in arrogato] Contra methodi legem ſpecialia hic tractat, & de ſpecie utraq; cōfuſim tractat & male generi mancipationem communem facit, quæ tamen in arrogatione nulla intervenit.

LIT. F.

Itaq; fœmina non filiumfam. &c.] Idem jure novo de quocunque extraneo adoptante dici poteſt ex §. 2. *I. de adopt.*

Ne quidem reginam.] In reginis non recognoſcentibus ſuperiorem, quales pleræque ſunt, hoc admitti non poteſt: quin forte nec in alijs, niſi quatenus vertitur intereſſe ſuperioris: quo pertinet exemplum allegatum, quod ſcil. pontifex regnum Neapolitanum feudum Eccleſiæ eſſe prætendit.

THESIS IX.

LIT. B.

Ea tamen ſtipulatio non eſt.] Nō ſatis bona fide Cujacius quē ſequitur T. agere videtur cū Forner. qui neque ejuſmodi ſtipulationem quæ fit de dando vel faciendo hic ſtatuit, neque ſtipulatione arrogationem conſtitui, ſed hoc tantū, ab impubere non poſſe tanti momenti ſtipulationem

tionem contrahi dicit. Et utique interrogatio illa & reſponſio, quæ hic intervenit, non adeo abſurde ſtipulatio dic. poteſt

Cum neceſſit l. 17.] Non ſatis bene conciliate videtur *l. 17. & 33 h. t.* neque verum, quod in hac illius ratio ceſſet, quod etiam vitricus tutor cogitur reddere rationes Sed nimitum *l. 17.* eſt de iure regulari, cui conſtitutio Antonini aliquatenus derogavit: forte ideo ut pupillo & ratione uxoris, & lege ſibi filio tanto maiorem præſtaret fidem.

LIT. C.

In illa cauſæ cognitio.] Non ſimpliciter in arrogatione cauſæ cognitio requirenda, at utique cognitio ea diſtinguenda & gradus eius faciendi ſunt quod ſpeciali & accuratiori circa perſonas & alia, in arrogatione impuberis opus eſt.

LIT. D.

Adoptio qua teſtamento fit.] Non ſatis bene iſta ſpecies hic proponitur, quæ nec adoptionis aut arrogationis, de qua hic tractatur, nomen meretur, quippe cuius præcipuus effectus patria poteſtas, & ut arrogatus efficiatur filiusfam, hic ceſſat. Et eſt illa nuda quædam deſignatio, dependens inſuper à deſignari voluntate, neq; alterius effectus, niſi ut accedente principis reſcripto familiæ iura, nec hæc fortasſis omnia, in præiudicium vere agnatorum, conſequatur.

LIT. E.

Iis qui alias ab inteſtato.] Debebat etiam mentionem facere ſubſtituti, quem parer pupillo dedit, ex textu generali *in l. 18. d. adopt § 3. l eod.* cui ideo cauendum eſt, quod per arrogationem ſubſtitutio pupillaris fit irrita, quia extra causā caſtrenſium bonorū, qui in aliena poteſtate eſt, ex teſtamento hæredē habere nequit, Et tentari poſſit, ipſi ſubſtituto cautionem præſtitam fuiſſe ſed in caſu non dati ſubſtituti, perſonæ publicæ: quod cum ille ab inteſtato ſuccedat, qui tēpore mortis proximus eſt §. *proximus 6. I. de legit. agnat ſucc.* tempore arrogationis qui pupillo ſucceſſurus ſit, in incerto eſt Cæterum, quare cautio non porrigatur ultra pubertatē, in caſu ſubſtitutionis factæ, apertа, in alijs hæc ratio eſt, quia ut ex ſentētia Dd. tradit & loquitur *Iaſon in l ſi arrogator. 22. co. 3. h t.* cū pubes nō arrogatus teſtamentum facere potuiſſet, ſucceſſuri ab inteſtato per arrogationem certitudinaliter non patiuntur damnū: excepta tamē matre, quæ alias teſtamento filij præterita, nec accepta legitima habuiſſet querelā, Plane ſi arrogatus poſt pubertatē decedat, ex ratione iuris novi in *N. 1 2. c.* 2 mater & fratres utrinq; coniuncti, cum pat arrogatore concurrent. Quæ videtur eſſe ſententia Ioan. Fabr. *in §. cum autem, I. d. adopt.*

Puberi tamen hoc caſu quarta non deberetur.] Sētentia Iaſonis quā improbat Tt. hæc eſt *in d. l. 21. de adopt. col. antep.* puberi huic, cum ſit ſuus & ſi præteriatur rumpat teſtamentum, deberi quartam de iure communi, & ſi exhæredetur, competere querelam, quæ ſententia vera eſt: cæteroquin illud etiam verum, quod non ita debeatur huic quarta ſicut impuberi, verbi cauſa emancipatio, qui ſibi imputare debet, ꝙ admiſerit emācipationē, ut notat *Cyn. in l. 2 C. de adopt.* ubi hāc quæſtionē pluribus tractatā dubitanter decidit.

Sed an hec quarta omnium bonorum.] Mihi negativa ſententia contra Tt. videtur verior. I. quod cum ex cauſa plures arrogari poſſint *l. 15. in f. d. adopt* etiam poterunt quinq; quo caſu ſingulis quartam dari omnium bonorum, fuerit impoſſibile: quod argumentum ex Dd. refert, *Iaſon, in addit. ad Porcum in § cum autem inſt. de adopt. & in l. 22. Eod. col. 4 ante fin.* Scio equidem dici poſſe, quartam non deberi omni arrogato, ſi d impuberi, & quidem ex iniuſta cauſa emancipato vel exhæredato, quæ omnia ut concurrant, contingere vix poteſt: attamen non videtur ita ius conſtitutum, ut vel uno licet rariſſimo caſu tes exitum habere non poſſit. Quin imo etiamſi duos tantum arrogatos proponas ſinguli quartam omnium bonorum habere non poſſunt, quoniam deducta quarta amplius univerſa bona non ſunt, licet hoc paulo videatur argutius. Plane ſi tres proponantur arrogati, abſurdum videatur, patrem tantum de quadrante diſponere poſſe. II. Quod utique filius arrogatus emancipatus vel exhæredatus, non debet meliori conditione eſſe, quam in poteſtate retētus, cui quartā univerſorum bonorum debetí nuſquam traditū eſt. III. quia in liberis naturalibus & legitimis concurrentibus manifeſta fieret iniuria, quia qui quadrante prius univerſorum bonorū ablato, legitimam ſuam integram conſequi non poſſunt Cui accedit IV. quod liberorum iſtorū melior quam naturalium conditio eſſe non debet. Et licet extantibus naturalibus arrogatio admitti non ſoleat, ex cauſa tamen admitti poteſt, & poſt arrogationem factam liberi naſci poſſunt: & hic ſimpliciter & quaſi in abſtracto de iure liberorum diſputamus. Neque propter bona quæ ad arrogatorem afferuntur, melior iſtorum conditio eſſe debet; vel quia etiam pauper adoptatus quartam habet, vel quia etiam per

Digitized by Google

liberos naturales patet bona acquirit, vel quia pro liberis naturalibus ipſa ratio naturalis, illis quaſi tacite bona addicens, pugnat *l. 7. in pr. d. bon. dam* Et notandum non novam quartã a Divo Pio introductam, ſed quartam jam antea definitam in caſu factæ emancipationis & exhæredationis, citra ullam querelæ neceſsitatem, quã alijs liberis opus aſsignatam fuiſſe: ex quo ſolvitur argumentum, per quod Iaſon citato loco diverſam opinionem ſuſtentabilem eſſe putat, quod alias conſtitutio D. Pij eſſet fruſtratoria. Plane non obſtant *l. 2. C. de adopt. & l ult. ſi quid in fraud. pat.* quia reſponſio duplex eſt I. etiam quartã portionis ab inteſtato reſpective & proportionaliter quartam bonorum dici poſſe, nam & legitima liberorũ quarta portionis illius eſt, & ita non quarta bonorum dicitur *in l. 6. C. de inoffic. teſt. II* quia regulare eſt tantum arrogationes fieri ab eo qui liberos non habet, & arrogari tantum unum, ideo ſecundum jus hoc ordinariũ in legibus quartæ bonorum ſimpliciter fieri mentionem: *quæ eſt etiam reſponſio Cyn in l. 22. de adopt. nu. 13* & in ſpecie ad *d. l 2.* reſponſio eſt tertia ex LL. C. non valere argumentum à contrario ſenſu.

An hanc quartam auctam dicemus]Duplex hæc quæſtio eſt, de quarta in genere arrogato debita, & in ſpecie de quarta arrogato puberi debita. In priori affirmandum puto, quod arrogati ubique alijs liberis æquiparantur, & ut notat *Cyn. in l. 22. d adop nu. 23.* quoad debitum bonorum ſubſidium nulla eſt differentia. Et ergo vitioſa hic ratio, quam pro ſententia negante proponit *Iaſon d l 22. col. antep.* quod in *N. 18. c. 1* eorum liberorum legitima aucta ſit qui querelam habent: quod utique querela arrogato puberi exhæredato competat. Et in altera quoq; quæſtione magis affirmativam probo, ne ſi deterioris cõditionis quem melioris eſſe leges volunt: neque captanda ſunt verba *d. N 18.* quæ ut etiam in impubere habeat locum, ſufficit, ipſum effectu id habere: quod per querelam alij liberi cõſequuntur, licet in ſpecie remedium ſit diverſum, quomodo reſpondet etiã *Cyn. d. nu. 23.* cum præſertim expeditiori ratione quartam impubes quam alij liberi conſequantur.

THESIS X.

LIT. A.

Hodie familiam non mutat.]Vera hæc ſententia eſt ex textu expreſſo *in §. ſed hodie 1. d adopt.* quia alias haberet iura agnationis, imo ſi agnatus eſſet patri, etiam iura ſuitatis, & contra expreſſa verba Iuſtin. conveniret in his cum adoptato ab aſcendente. Atqui cum omnes effectus in illo neget Iuſt. aut nulla etiã familia & agnatio, aut imaginaria plane imo nulla erit. Cui obijcitur *§ ſed ea 14. 1. d. her. ab inteſt.* ibi, *perinde ac ſi in poteſtate manſiſſet & l pen in pr. C. d adopt* ibi *quaſi non fuiſſet in alienam familiam translatus* Sed hæc obſcurius dicta explicanda ſunt ex textu claro *in d §. 2 1. d. adopt iuncta d. l pen §. 1. verſ ſiquidem C. eod.* & reſpiciunt illa verba ad effectum adoptionis ex jure veteri, qui conſiderato adoptionis facto ſpecie tenus etiã hodie obtinere videtur: cæterum reipſa non adeſſe firmatur etiam ex oppoſitione adoptionis factæ ab aſcendente: quo caſu cum priſtina jura & effectus demum ſervati velit, quando extraneus adopravit, nõ ſervari conſequitur: plane non ſunt captanda verba Iuſtin. ſed ſpectanda potius mens & voluntas.

Huic conſequens eſt quod plebeius]A propoſitione hac excipit duos caſus remiſsive videlicet, ſi adoptatus ſit ab avo materno & ſi adoptio facta ſit apud principem. Prior exceptio mala eſt, quia non eſt de regula, quæ proponitur de adoptante extraneo, cuiuſmodi avus maternus in hac materia non eſt. Altera exceptio, de regula quidem, ſed vera non eſt, quippe cum præter intentionem principis, cui ſcilicet adoptionem tantũ probare, non nobilitare propoſitum eſt, effectus iſte non debeat induci, de quo pluribus citata diſput. 15. Et ergo ſimpliciter negandũ eſt, quod adoptatus hoc caſu nobilis fiat: ex hac ſolida ratione, quod jus familiæ, cui agnationis & nobilitatis jura annexa ſunt, non conſequatur.

Alia quæſtio an liberi.]Non dubie hic errat Tr. dum liberos à nobili ex fœmina ignobili ſuſceptos, per ſubſequens matrimonium jure tantum Canonico non etiam civili exiſtimat legitimari. Quippe quod ſine dubio inter nobilem & ignobilem fœminam jure civili juſtum & legitimum ſit matrimonium: adeo ut, an liberi legitimi fiant, nec dubitãdi probabilis ratio ſupereſſe poſſit. Nihil enim pro Tr. facit *l. 1. C. de natural liber.* non tam quod de ſpeciali & nobilitatis vel dignitatis & ignobilitatis ordine diſponit, quam quod eo caſu nuptiæ ſunt interdictæ, & amplius conſtitutio illa correcta per auth. ſubjectam *ex N. 117. cap 4.*

Quod de iure civili procedit.]Cum affirmet Tr. tantum de jure Canonico legitimationem hoc caſu procedere, & addat diſſentientes, iſta porro ſubjecta verba nullum commodũ habent ſenſum. Sed quomodocunque loquatur, hoc ſentit

Digitized by Google

Tr. quod de jure canonico tantũ liberi legitimi fiant (id autem verum jam non eſſe oſtendimus) non autem jure civili: & tamen iſtud jus civile in judicando attendendum non eſſe, niſi in caſu ſingulari &c. Qua in re confundit Tr. diverſas quæſtiones de legitimatione & nobilitate, & quidẽ plena cũ omnibus effectibus: quam quidẽ in caſu propoſito ſubſequenti matrimonio contingere nõ poſſe, plus quã perſpicuum eſt, ſiquidem etiamſi ex matrimonio inito rite cõtracto nati eſſent, privilegia illa nobilitatis, etiam de jure canonico diſputes, non haberent, velut hodie fere ad canonicatus non admittuntur, niſi ab utroque latere longa ſerie nobiles. Cæterũ Baldus male allegatur, qui loco citato hoc tradit, quod ex nominatione filius præſumatur legitimus iuxta N. 117. *cap.* 2. niſi perſona fœminæ ita turpis ſit, ut non poſſit eſſe locus præſumptioni matrimonij, in qua conſtitutio d N. fundatur. Quæ ſententia Baldi veriſſima eſt.

LIT. B.

In feudis adoptivos non ſuccedere.] Quæſtio hinc aliena eſt: & tamen in adoptatis ab avo paterno ſententia iſta falſa erit. Cæteroquin conſuetudo vel ſtatutum, ut quicunque adoptivi in feudis ſuccedant, ſi ſecundum jus feudorum exigatur, vix erit rationabile, tum *arg. cap* 1. *de alienat. feud.* ubi conſuetudo, quia licet alienare feudum inſcio domino, vocatur irrationabilis, tum quod ita agnatis, quibus per primum acquirentem, jus quæſitum eſt, & domino fieret præjudicium. & ita bona feudalia quaſi ad inſtar allodialium redigerentur.

LIT. D.

Nec ius retractus adoptivis competere.] Hoc intelligendum non de adoptatis ab aſcendente, qui jus ſanguinis habent, ſed ab extraneo, in quibus tantum militat ratio *Tiraquel* §. 1. *gloſſ.* 8. *n.* 16. ubi unum tantum diſſentientem adducit.

LIT. E.

Quid autem ſi teſtator.] Male hoc proponit Tr. quaſi filius adoptatus. & alius hæres inſtitutus fuiſſet, ſed nimirũ hoc quæritur, an & quatenus cõditio fidei commiſſi, ſi gravato ſuperveniant liberi, deficiet. Conditio illa vel expreſſa eſt, vel tacita, ſi videlicet teſtator aliquem ex progenie ſua hæreditatem reſtituere juſſit: cujuſmodi fideicommiſſo ex conſtitutione Iuſtin *in l. generaliter.* §. *cum autem C. d. inſtitut. & ſubſt.* ineſſe cẽſetur conditio, ſi grauatus deceſſerit ſine liberis.

Quæritur quid juris, ſi adoptatus filius inſtitutus ſit & gravatus. Et recte ex ratione juris diſtinguit *Mantica* loco citato *li.* 10. *t.* 8. an quis ab aſcendente, an ab extraneo fuerit adoptatus: ut illo caſu, non vero hoc locum habeat cõſtitutio Iuſt. ut videl. hoc caſu etiam naturales & legitimi liberi non faciant deficere fideicommiſſum: tum quod conſtitutio nova non ſit extendẽda, tum quod deficiat conſtitutionis ratio, quæ poſita eſt in coniectura pietatis, quod non præſumatur teſtator extraneos ſoboli ſuæ præponere voluiſſe. *arg. l. cum avus* 102. *d. cond. & dem.* Nec obſtat ratio *Iaſonis in d.* §. *cum autẽ col.* 5. *inf.* quod cum teſtator dilexerit adoptivum inſtitutum etiam liberos eius magis quam ſubſtitutum dilexiſſe videatur, quia hoc admiſſo; ſequeretur, fideicommiſſum in cuiuſcunque heredis perſona, (omnis autem heres dilectus præſumitur,) natis poſtea liberis extingui: ſiquidem hic non de expreſſa, circa quam nullum dubium, ſed de tacita conditione quæſtio eſt. Et cum igitur Mant. & ab eo allegati de naturalibus liberis ab adoptato filio gravato, ſuſceptis, tractet, male reſpondet Tr. de adoptivis ſupervenientibus: in quibus etiam nulla plane dubitandi ratio quin iſti facere non poſſint, ut deficiat fideicommiſſum, ſiquidem nec adoptati à filio naturali & legitimo, inſtituto hoc efficere poſſunt *L. fideicommiſſ.* 76. *d cond. & demonſtr.*

THESIS XI.

LIT. A.

Quia uterque actus per fictionem.] Nimirum utrobique ficte aſſumuntur liberi: cæteroquin multi actus per fictionem procedunt, qui cum adoptione nihil ſimile vel commune habent.

LIT. C.

Quaeſt pactum.] Non recte ponitur pactũ loco generis, quia unio proliũ eſt ipſa liberorũ hinc inde facta aſſumptio: quia neque per metonymiam hoc defendere poſſis, cum plane multa hic requirantur: quæ notat *Gail.* 2. *obſerv.* 125. *nu.* 8 *Rick. d. union. prol cap* 6. *& ipſe Tr. lit. G. & ſeq.*

A iure ſcripto præteritum adeoque &c.] Aut intelligit jus Romanum ſcriptum, & mala eſt oppoſitio conſuetudinis, cum multa alia iura ſcripta ſint, & provincialia & municipalia: aut omne jus ſcriptum intelligit, & omni tali jure unionem hanc prolium præteritam eſſe, verum non videtur.

LIT. D.

Parum ſubtile videtur quod hic proponit, poſſe induci unionem per patrem teſtamento, ſi de ſuis tantum bonis inter liberos ex ſeſe duobus matrimonijs procreatos diſponat: quia unio nõ

ſit

Digitized by Google

fit citra ſolennia quotum meminit ipſe *Tr. lit. G. & ſeq.* & quæ attingit *Giſan. de pact. th 233.* & ſc. unio hoc efficit, ut liberi citra ullam aliam diſpoſitionem ſuccedãt, & etiam circa infirmarionem teſtamẽti liberorum aliorum jure utantur, cæteroquin citra ullam unionem pater de ſuis bonis inter ſuos liberos, de quibus agit Tr, diſponere de jure omni poteſt: neque liberi ex eodem, ſed ex diverſis parentibus nati, & qui alterutri parentum priuigni ſunt, uniri dicuntur.

LIT. E.

Quod tamen patriã poteſt.] Ratio videtur, quod liberi uniti extranei ſunt, nec plus operari debet unio quam adoptio. Attamen ſtatuta locorum hic ſpectanda erunt & omnino plus huic unioni quam adoptioni à Iuſtin. reformatæ tribuendũ, eaque unio ad inſtar veteris adoptionis redacta videtur, quo ad effectum præcipue ſuccedendi in bona parentum unientium, ita vel ut ab iſtis teſtamẽto liberi uniti præteriri nequeant: quod in adoptato ab extraneo jure civili ſecus eſt. Nec movet quod *Rick. c. 8. n. 1.* adoptionem tantum ex jure modũ patriæ poteſtatis conſtituendæ eſſe tradit: quia ſtatuto alium modum introduci aut eo unioni priſcum adoptionis effectum ſecundum quid tribui abſurdum non eſt.

Liberi mutuo alendi ſunt.] Imo etiam parentes à liberis, ut recte *Rick. d. c.* 8.

LIT. F.

De mutua ſucceſſione.] Minus bene hoc dicitur, quia unio recta jus filiationis concernit, quod tanquam effectus, ſequitur jus ſuccedendi, & alias etiam adoptio dicenda eſſet fieri ſuper ſucceſſione.

In rebus omnibus ſucceſſione acquiſitis.] Incongrue hoc dici videtur, fieri de mutua ſucceſſione, de rebus ſucceſſione quæſitis: & videtur alias hinc conſequi, quod vigore unionis non tantũ liberi parentibus, ſed etiam poſt horum mortem liberi uniti ſibi invicem, & fratres fratribus ſuccedant: non magis eſt ut verum non ſit, & unio ita ſtricte accipiatur, ut ad ſucceſſionem collateralium non porrigatur: quod & in terminis prolixe tradit *Rickius d. un. prol. cap. 7. num. 1. & ſeqq.*

Nec damnaretur in iure quia eſt reciprocum.] Et ergo, cum ipſe hoc pactum de ſuccedendo appellet conſequenter pacta de ſuccedendo reciproca jure civili valebunt, quod & expreſſius tradit infra *diſp. 6. th 8. lit. B.* quo ſe loco remittit. Ea vero ſententia falſa eſt, ut ibidem oſtendemus.

THESIS XII.

LIT. A.

Solvitur morte.] Intelligenda etiam erit mors civilis, ne manca ſit enumeratio, licet textus allegati de naturali tantum loquantur.

LIT. B.

De dignitatibus V. C. conſulatus vel epiſcopatus, aliiſque de quibus in *l. ult. C. de decurion. in Nov. 81.* res non dubia, quin à Iuſtin. primum effectus hic illis tributus. De patriciatu idẽ affirmat à Tr. citatus Vult. 1. Iur 24. quod non invenerit ullam qualemcunque dignitatẽ, quæ ante Iuſtin. liberaverit poteſtate patria. Verum lapſum hic Vult. oſtendit Caſſiod. 6. var. 2. in form. patriciatus, additur, inquit, quod leges tantam illis reverentiam detulerunt, ut in ſacris poſitus cum hoc fuerit honore præcinctus, paternæ poteſtatis nexibus eximatur: cæterum extra dubiũ eſt, quod Theodoricus Rex, ſub quo iſta ſcripſit Caſſiod ante Iuſtin expulſo Odoacre An. 489. Orientis imperium tenente Anaſtaſio 30. amplius annis ante Iuſtin Imperium Italiæ occupaverit. Altera quæſtio hic occurrit de patriciatus prærogativa, quam dignitatem ſummam appellat Iuſtin. in §. 4. Inſt. quibus mod. jus pat. pot. Etenim conſulatus poſt dictaturam ſub libera Republ. re ipſa, & poſt ſub Impp. hactenus ſumma dignitas habita, qua ratione veteris prærogativæ, qua eo reſpectu, quod etiam ipſi Impp. hanc non adſpernati dignitatem, velut Caſſiod citato loco libr. 6. var. de patriciatus dignitate: uni tantum, inquit, cedit fulgori, quem interdum etiam à nobis conſtat aſſumi. Fuit adeo hæc prærogativa magis imaginaria, quoniam ut ex Sueton. & aliis hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptoribus liquidum eſt, etiam poteſtas proconſularis & tribunitia propter priſtinã dignitatem ab Impp. aſſumi ſolebat: cæterum nõ tantum ratione durationis, ut vulgo hoc explicant, ſed de re ipſa majorem fuiſſe patriciatus dignitatem, oſtenditur ex Caſſiod. *lib. 3. var. 5.* ſume, inquit, poſt conſulares faſces emeritos, patriciatus inſignia, tuarum munus plenarium dignitatum eoque apud eundem 8 Exempla 10. vocatur patriciatus culmen: & patricium ſuper præfectos prætorii, quorum maxima dignitas, fuiſſe ſcribit Zoſim. *lib. 2.* ex quo etiam autore origo hujus dignitatis deducitur, ubi in hæc verba ſcribit de Optato ὃς παρὰ Κωνσταντίνου τῆς ἀξίας τετυχήκει τοῦ πατρικίου, πρώτου ταύτην ἐπινοήσαντος τὴν τιμήν: & de hac dignitate Suidas πατρίκιος, ὁ πατὴρ τοῦ κοινοῦ.

LIT.

Lit. D.

Non Monachiſmi.] Contraria ſententia videtur verior: tum quia unus in duorum poteſtate eſſe nequit, monachus autem ſubijcitur poteſtati Abbatis, cui etiam jurato obedientiā promittere cogitur: tum quia ceſſant omnes, patriæ poteſtatis effectus quod pater filium qui monaſterium ingreſſus eſt neque coercere neque per eum acquirere, *Aut. ingreſſi 6. d. SS. Eccl.* Neque enim vindicare & ex monaſterio abducere poteſt *N. 123. c. 41.* in quo tamen non minimus patriæ poteſtatis effectus, *arg. l. 1. §. 2. de rei vind.* Accedit quod olim ſacerdotio diali & veſtali patria poteſtas ſolvebatur. *Vlpian. tit. 12. in fin. Gell. lib. 1. c. 12* quo reſpexit *ICtus in l. 2 §. 1 quod cum eo &c. ibi, citra emancipationem, &c.*

Lit. E.

Hodie tacite fieri.] Imo etiam olim, ſi videlicet pater diu filium res ſuas tanquam patremfam. agere paſſus fuiſſet *l. 1. C. d patr. poteſt.*

Quia in ſucceſſione non nocet, ideo ſolennia non requirit Mala hæc illatio eſt: vel quia ſolennia fuerunt ſublata ante *No. 158.* quia jus ſuccedendi ab inteſtato emancipatis datum eſt: vel quia etiam ſublatis ſolēnibus potuiſſet hoc ius relinqui, ne emancipati ſuccederent jure civili, maxime cū Tr. ijs locis. ad quæ ſe remittit lit. F hodieque emancipatione caput minui: adeoque familiæ jura tolli affirmet: magis autem ſucceſſionis jure conceſſo potuiſſent relinqui ſolennia: ſiquidem emancipati ſuccedunt, propter exæquatum jus agnationis & cognationis, quod etiam jure veteri ſtantibus ſolennibus emancipati retinebāt. Plane inverſo modo rectius inferretur à ſublatis ſolennibus ad jus ſucceſsionis, ſiquidem mutatio ſive ſublatio familiæ & agnationis à ſolennibus juris veteris, videlicet manumisſionibus, dependebat: *arg l. 3. d. cap. minu.* quo fiebat ut jure civili, quod tantum ſuos & agnatos noverat, emancipati ſuccedere non poſſent: eoque verius poſt ſolennia illa ſublata emancipationem hodie pro capitis diminutione habendam non eſſe: de quo infra loco citato à Tr. *diſp. 11. th. 16.*

Quod apud pleroſque.] Hoc ad paulo remotius referendum, quo hodie emancipationem tacite fieri dixerat.

Adeo ut ſolennitas iudicialis.] Hoc non recte in genere ex præcedentibus infertur, & juxta ipſam citatam Electoris Auguſti conſtit. non niſi in caſu ſeparationis verum, ubi filius ſeorſim à patre habitat & res ſuas agit: cæteroquin etiam etiam hodie adito magiſtratu opus erit: eamque ſcilicet intelligit iudicialem ſolennitatem, oppoſitam ſolennibus juris priſci quæ paulo ante ſublata dixerat.

Lit. F.

Vt lenocinio.] Non ſatis bene lenocinium cum modis quibus ipſo jure patria poteſtas tollitur copulatur: quia officium epiſcopi implorandum dicitur *l. 6. de ſpectac.* quod ibidem etiam ancillis permittitur: ſecundum quod lenocinium etiam inter modos quibus ſervitus tollitur, referri debuiſſet.

DISPVTATIO III.

DE JURISDICTIONE.

Reſpondente

M. CHRISTOPHORO HEVRINC VVeidenſi palatino.

THESIS I.

Lit A.

DEnotatione nominis expedita res eſt, & jam dudum ab eruditis exploſa *gloſſ. Br numer. 3 in l. 3. h. t.* & aliorum opinio, qui deducunt à iure & ditione, quæ ipſis poteſtatem ſignificat. Sed de ſignificatione verbi major controverſia: generalem, ut etiam Imperium merum & mixtum, & quæcunque officio judicis expediuntur, sive annexa ſunt, complectatur, probat *Treutl. poſt Dd. quos ſequuntur Obrecht cap. 1. Scip. Gent. libr. 1. cap. 1 & 2. Fr d. Claper. concl 1. Duar. 1. diſput. 53. Muſc hic numer. 12. Paurm 1 numer 5. Eguin. Baro & Charond. hic* qui duo tamen acceptionem iſtam ab uſu juris & aliorum autorum aliquanto alieniorem, eoque contra Treutl. impropriam exiſtimant: quo modo generalem eam uſurpationem abuſivam appellat *Suerin rep. lect c. 6.* Et ſane *in l. 7. §. ult. d. offic proc.* plenisſima iurisdictio ad cauſas civiles referri commode poteſt, quæ Romæ à diverſis Magiſtratibus expediebantur. Et argumentum quod ducitur ex *lib. 2. §. 23. d. O. I. & Aſc. Ped. arg in 4. Ver.* (vbi cum cauſas etiam criminum & capitales recenſuiſſet, ſubjicit, *quæ omnia ſunt de iure dicundo*) à verbo ad verbale non ſatis firmum videtur: quo modo tranſigere, agere, paciſci, latius in uſu iuris patere videntur, quam tranſactio, actio, pactum Cæterum *l. 1. in pr. de offic. eius, &c.* hanc explicationem recepit, eſſe

Digitized by Google

eſſe hunc magiſtratuum errorem, qui mandara juriſdictione, quam ſimul & præter imperium merum habent, hoc quoque transferri exiſtimant: quod firmatur ex oppoſitione juriſdictionis & Imperij meri *in §. 1. d. l. 1.* Eoque non probanda ſententia *Gilloti 1. d. Iuriſd. 16. & lib. 2. c. 2.* propria & ſtricta ſignificatione juriſdictionem etiã ad cauſas eriminales pertinere. Et hæc ſpecialis ſignificatio inde procul dubio ortum traxit, quod cum in omni Repub. tractationem & deciſionem cauſarum civilium certis perſonis committi neceſſum ſit, poteſtatem de criminalibus cauſis princeps vel populus ſibi reſervare poteſt & ſolet: id quod apud Romanos ſub libera Republ. factum præcipue conſtat, idque notant *Scip. Gent. 3. d. iuriſd. 26. Cabot. 2. diſp. 4. & 5. Obrecht. c. 3. n. 6. Fr. de Clap. concl. 2. in fin.*

Lit. B.

Extraque imperii metas.] Ratio ſubjecta, quod & in cauſis criminalibus jus dicatur, non quadrat, quia hoc imperij eſt: ideoque referenda erit ad remotius, de generali verbi hujus ſignificatu. Sed quænam ſunt illa, extra juriſdictionis & Imperij metas? Intelligi puto, quæ ſpecialiter magiſtratibus cõceſſa ſunt, & ſecundum regulam *l. 1. de offic. eius*, &c. mandari non poſſunt, velut cognitio ſuper manumiſſione ſervi à minore, ſuper tranſactione de alimentis, de alienatione prædiorum minoris, datio tutoris &c. quæ adeo & ſimilia ſub quartam ſpeciem refert *Fr. d. Claper. concluſ 2. Suerin. rep. lect. 6*, licet ea Baro referat ad Imperium mixtum, *Scip. Gent. 1. de iuriſd. 10. & c. 1. ad Orat. Dio. Mart.* ſub juriſdictionem voluntariam: qua de re & infra hac diſput. & alibi proprijs locis.

Lit. C. & D.

Tum nude.] Hoc plenius traditum th. 1. hic omittendum erat.

Nam ita plene] Otioſe hoc repetitur, quod jam lit. B. plenius propoſitum erat.

Lit. E.

Examinanda hic definitio Tr. Ea initio ideo perfecta nõ eſt, quod tota ſingulis ſubjectis ſpeciebus competere nequit: coq; ab enumeratione partiũ collecta deſcriptio eſt. Genus admittitur recte, quo & plerique utuntur & pluribus probat *Paurm l. 1. c. 7.* licet diſplicet at *Obrechto c. 1. n. 27.* ſed in hoc offendit Treut. neque ſibi ipſi convenit, quod cũ lit. D. poteſtatem ſtatuendi referat etiam ad cauſas criminales, th. 2. eam reſtringit ad notionem & juriſdictionem ſimplicem; ſed illud rectius, ſiquidem dubium nõ eſt, quin poteſtas ſtatuẽdi in cauſis criminalibus ſit Imperij meri: eoque vitioſe th. 3. lit. A ab Imperio ſtatuendi poteſtatem excludit, & illud tantũ poteſtate exequendi definit. Differẽtia adjecta, de re qualibet, definitionem facit latiorem definito: quoniam & qui leges condit, aliaque jura regalium facit, de re aliqua ſtatuit: ut proinde objectũ in ſpecie videl. cauſæ criminales & civiles, exprimendum videatur. Succinctius cum quibusdam dicetur publica juris dicundi poteſtas: vel reddendi juris, ut *Paurm. lib. 1. c. 7 n. 1.* cui intelligitur ineſſe finis ut cuique juſtitia adminiſtretur, quem addit *Fr. de Claper. concl. 1.* quam definitionem fruſtra vellit *Bocer. c. 1.* quod ſit obſcurior: quia quo perfectior & magis in anguſtum coacta definitio, eo non raro eſt obſcurior: ſicut ex adverſo verboſæ illæ qualis Boceri eſt, vix definitionum appellatione dignæ.

Th. II. Lit. A.

Nempe notio pedaneorum iudicum.] Abutitur verbo juriſdictionis, dum ſub ea hic & Th. I. liter C. etiam notionem pedaneorum judicum, quibus diſerte juriſdictionem negat ICtus *in l. 5. de re iud.* quamvis ipſum prætorẽ in edicto ſuo ita hoc verbo abuſum videatur colligi *ex d. l. 5.* & poteſtatem quam habuerunt, cognoſcendi & ſtatuendi, juriſdictionem generali ſignificatu appellare, non uſque adeo fuerit abſurdum. Cæteroquin nec textibus nec autoribus allegatis aſſertio illa probatur. Notio porro non nudã & ſolam cognitionem, ſed etiam jus ferendæ ſententiæ continet: ex quo eorum ſententia refutatur, qui judicẽ datũ, ut ſuper cauſa cognoſcat, negant deſuper pronunciare poſſe, cujus autor videtur *Bart. in l. 15. de re iud. in pr. n. 12.* quem ſequitur Menoch. *1. de arbitr. 37. n. 13. Zaſ. in dict. l. 15. §. ſententiam n. 6.* eamque in Camera receptam teſtatur *Mynſing 4. obſerv. 93.* quos bene refutat. *Scip. Gent. 2. de iuriſd. c. 30. Bocer. d. Iuriſd. c. 6. n. 2. per l. 1. C ſi contra ius arg l. de qua. 74. de iudic l. 5. de re iud.* An autem judex ad exequendum datus, poſſit cognoſcere, vide diſtinctim explicantes. *Bart. in d. l. 15 in pr. nu. 3 & ſeq. Mynſ. 3. obſ. 68. Scip. Gent. 2. d. iuriſd. c. 31.*

Lit. B.

Vnde illi ne quidem alios.] Hæc ratio converſa non valet, quia etiam magiſtratus in quibusdam cauſis judices dare nequeunt.

Ne quidem ad unum cauſæ articulum] Mihi ſententia Bartoli non uſque adeo videtur abſurda, licet eam communiter improbatã teſtetur *Zaſ. in l. 5. de iuriſd.* maxime ſi intelligatur articulus non juriſdictionalis, ut loquitur *Zaſ. d. loc. n. 30.*

Digitized by Google

qua de re etiam *Cyn.in l.5.de jud.ſalic.ibid. num. 5. Marant.p.4.diſt.5.nu.52.Coſtal.in l.ult.de off eius. Iaſ in d.l.5.col.3.in fin.Fac. l.9.qui ſat. dar. cog & arg.ex l.ult C.ubi & apud quem*, vbi veratur cauſa reſtitutionis tractari apud eos, quos judices ſolam judicandi facultatem habentes, dederunt: ut proinde ab ijs judicibus, quod ab alia minoris momenti delegationes fieri poſſe, probabile ſit. Non obſtat *l.5.C de iudic.* quæ de delegatione cauſæ totius commiſſæ loquitur. Sed illa *Fachinei ex l 1.§.1.de offic.eius.* inepta objectio eſt, quod mandatarium juriſdictionis, de quo ibi agitur judicem dare poſſe conſtat.

Si ipſi expreſſe facultas.]Sententia negans quam etiam ſequitur *Fachin.1.contro.45.* in perſona judicis dari dubio procul ex ratione juris civilis veriſſima eſt, ſive jus dandi judicem juriſdictionis ſive mixti imperij eſſe dicas, quorum neutrum in judicem iſtum quatalem transferri poteſt. Verum quatenus delegatus ex ratione juris canonici, & ſecundum naturam, quam Dd ipſi tribuunt, conſideratur, fortaſſis ſententia adfirmans ſuſtineri poteſt: quæ eſt *Bart.in l.5. h.tit. numer 12. Salic.in l.5. C. de iudic. numer.7.* & aliorum quos refert & ſequitur *Marant.p. 4. diſt.5. num.58.Gail.1.obſ 97.numer.11.Coſtal.in l ult.de offic.eius.Iaſ.in dict.l 5.C.de iudic.colum 2.Zaſ.in l 5. h.tit.n.43.Idem Iaſ in l de offic. eius colum.7.Cyn.in l.1.hoc tit.num.10.* Et omnino exiſtimo, delegatum, de quo Dd diſputant, quaſi mediam ſpeciē inter mandatarium juriſdictionis & iudicē pedaneum conſtituere: mixtura hac inde nata, quod duos iſtos ignorantia juris civilis veteris Dd. quod conſtat, confuderunt, & quæ jam de mandatarijs juriſdictionis, jam de pedaneis judicibus tractantur, ad delegatum ſuum accommodaverunt: velut cum delegatum alium faciunt ad unam cauſam, alium ad Vniverſitatem *Bart.& Dd.in l.5 C.de iudic.& in l.5.& 16.D h.t. Marant.part.4.diſtin.5.num 2.* quæ diſtinctio judici pedaneo non convenit. cum ex adverſo delegatum ſentētiam exequi & judicem dare poſſe negant. *Bartol.& Dd.in l.5 & in l.15.in pr. de re iud. Marant d.loc num.23.& 43.Gail.1.obſ.97.n.7.* quæ tamen ex ratione juris civilis poteſt mandatarius juriſdictionis. Et pro tali ratione formæ hodie delegatus videtur habendus, quæ etiam communis Dd. eſt ſententia, juxta tradita ab ijs *in d.l.5 C.de iud & in l.1.§.1.de offic.eius l. 5. h.t.* ex quibus textibus de juriſdictione mādata tractantibus delegatum ſuū ex parte formant: & notat *Lōgov. in repet. l.3.h.t.p.3.c.10. Teſſaur.in præf.deciſ nu.34.Gail.1.obſer.35.num.9.Paurm.1.d. iuriſd.10.Br.in l.3.h.t.nu.1.Iaſ in l.1.de off eius.§. qui mandatum colum.2.Bocer.d iuriſd.c.6.Marant. d.p.4.diſt.5.* ex cuius ibid. traditis differentijs de illa confuſione & mixtura facilius judicare licet. Quin fere eſt ut exiſtimem, judices ſpeciales, quorum ab Imp. poſterioribus, abolito jam pridem dandorum judicium more, mentio fit, nō tam judicibus pedaneis qui ex formula cognoſcebant, accenſendos, ſed magis cum iis, quibus ad unam cauſam iuriſdictio mandata eſt cōparandos eſſe; quod videtur velle *Longov p.3. c. 7.ubi in l.ult.C.ubi & apud quem:* accipit judicem datum. pro eo cui mandata juriſdictio: quod alias, quo minus judex vere & proprie pedaneus judicem alium dare non poſſit, nulla plane ſit ratio dubitādi. Secundum hæc, cum de eiuſmodi delegato Dd. diſputent, tanto facilius in utraque quæſtione hac lit. propoſita, affirmantē partem tuebor, delegato poteſtatem ſubdelegandi fieri, & citra eam conceſſionem ad unum articulum ſubdelegare poſſe; maxime cum receptū ſit, delegatum ad univerſitatem cauſarū, quod differentiam eſſentialem non facit, ſpecialem cauſam poſſe ſubdelegare *Bar.in l.5. & 15.h.t. Maran.d part.4 diſt.5.num.52.Dd.commun. in l.5. C.de iudic.* Vnus Fulgoſ. differentiam veteris juris animadvertiſſe videtur, qui referente *Iaſ.in l. 5.C de iud.col.4.* diſtinxit inter eum cui delegata eſt cauſa, & cui commiſſa iuriſdictio; quod mirabile vocat & improbat Iaſon.

LIT. C.

Niſi ſint delegati principis.]Verbum delegati hic pro iudice pedaneo accipi oportet, quod alias cui mandata iuriſdictio eſt, etiam ab inferiori, iudicem dare poteſt per *lib.12.d.iud.Suerin.repet. lect.6.Duar apol.ad Baron.Muſc.hic nu.160.* Facit ratio, quod prætor intelligitur, ita mandare iuriſdictionem quomodo ipſe exercebat: & cum iudice nō dato cognoſci diceretur extra ordinē, nō poteſt præſumi prætor mādando cognitionē extraordinariam facere voluiſſe. Porro cum hi habeant & Iuriſdictionem, & executionem, nō recta eſt hæc exceptio, cum non ſit de regula, quæ agit de iis, quæ nudam habent notionem.

Vt ſententiam ſuam poſſit exequi]Vtitur Tr. hac ratione, quod habeant iuriſdictionem: quod etiam ſtatuunt *Don. 17. comm.8 ſub fin.Scip Gent. lib.2.c.8.& 30.Bocer.c.6.nu 28 & 30.* Facit quod princeps videtur cauſam plene delegare voluiſſe, & quod, qui iudicis dandi, idem exequendi videtur ius habere, *l.15.in pr.de re iud.* & ſi execu-

cutionẽ ab ordinario fieri voluiſſet, cauſam alteri non delegaſſet. Et hæc eſt etiam ſententia Bart. *in d.l.5.in pr.n.2.Scip.& Bocer. dd. locis. Marant.p.4 diſt.5.nu.43. Zaſ.in d.l.15.in fin* licet exiſtimet non recte concludi à facultate iudicis dãdi ad ius exequẽdi *poſt gloſ.in d l.15 in pr. de re iud. Menoch.1. de arbit c.74.in fin Duaren in d l.15.* Sẽtentia Tr. hoc quoque argumẽto fulcitur, quod iure Canonico, quod in dubio præſumitur ſequi ius civile, conſtat delegatum pontificis exequi poſſe ſententiã per cap allegata *à Tr. ex tit de offic deleg* iuncto c. paſtoralis eodẽ. Neque obſtat ex iure civili *Nov 53.§.4* non tã quod ibi de ſpeciali quadam coactione, quã potius, quod (ut ex verbis ipſis textus apparet) de ſubdelegato delegati principis ibi tractatur. Amplius etiã collectio Tr. a iuriſdictione ad executionem, recta eſt, quæ confirmabitur ex traditis th. 4. eoq; cui mandata iurisdictio eſt, ſententiã exequi poteſt *per l.1.§.n.1 & l.ult. de offic. eius Duar. in l.15 in pr. de re iud. & hic.c.8. Scip. Gent. 2.c.30. Bocer.c.6.nu. 41. Alciat 2 parad. 4 Tr. Mich.th 141. Longov.p.3. c 10.* licet Bato mandata iuriſdictione non imperium mixtum, ſed tantum coercitionem quandã in contumaces, tranſire exiſtimet: quæ etiã cõmunior videtur Dd. ſententia, qui delegato. cui mandatã iurisdictionẽ tradunt, ius exequendi negant *Bart in l.15 de re iud in pr.n.14. Menoch.1. de arbitr 74 n.36. Scip. Gent 2.cap.30. Marant.4. diſt. 5.nu.43. Mynſ 4.obſ 83. VVormſer pract. obſer. tit. 2. obſ.2. Panorm 1 de iuriſ 10* quæ ſententia hinc emanata eſt, quod ut ſupra diximus Dd. delegatum ſuum partim ex mandatario iurisdictionis, partim ex iudice dato cõflaverunt, & quod de hoc certo iure traditum eſt *in l.15. de re iud.* ad delegatum ſuum accommodaverunt: eoque exiſtimo etiam iure Canonico, quod paſſim receptas Dd. ſententias ſequi ſolet, delegarum exequi non poſſe: quod probant Dd. ſupra citati: à quibus male diſcedunt *Zaſ in d. 15.n.5. Bocer.c.6.nu. 45. Mar.p.4.diſt.5.num.43.* qui civile cum Canonico cõfundit, & inepta inſuper utitur ratione, quod cui cauſæ definitio commiſſa ſit, executio quoque commiſſa intelligatur ſequutus Longoval. qui *p.3 cap 10.* inepte *l.15. de re iud. in pr.* accipit de iudice dato ad unum tantum articulum. Quibus conſequenter *c in literis. de offic. deleg* accipiendum erit de delegato Pontificis *arg. c. ſignificaſti, c. quærenti c. paſtoralis eod* quæ nominatim de legato Pontificis loquuntur: vel etiam de delegato Epiſcopi aut alterius, qui perpetuo iure imperium & quaſi proprio habet: de cuiuſmodi ordinariis, & ab his delegatis præcipue agi *ſub tit. de off ordin & deleg.* notat *Panormiſt.1. de iuris.10.*

Hoc eſt imperium mixtum.] Anguſtior hæc eſt explicatio, quod ad ſolam executionem mixtũ imperiũ reſtringi non debet, maxime ſecundũ Tr. ſẽtẽtiã *th. 4. lit. b. & c.* ubi pluribus dicemus.

An delegatus principis cauſas imperii meri.] De hoc agimus infra *th.6.lit. c. & ſeq.* ſicut & de eo, quod hic merum imperium de votoria conſuetudine iure magiſtratus competere affirmat.

Adeoque rectius iuriſdictio criminalis.] Nulla hæc collectio eſt quia ſiquidem contra rationem iuris civilis receptum eſt, ut imperium merum comperat iure magiſtratus, eadem ratione etiam hodie imperium merum appellari poterit, neque mutata illa qualitas mutabit appellationem: Et cum ex ſententia ipſius totum imperiũ merum, ius cognoſcendi, ſtatuendi & exequendi iure magiſtratus competat tanto minus recte iuriſdictio criminalis vocabitur. Neque iſta bona connexio eſt, qua ex eo quod imperium merum iure magiſtratus competit, infert, delegatum principis poſſe ſubdelegare cauſas imperii meri: vel quod delegatus principis magiſtratus non eſt, vel potius, quod cum Dd. delegare ſit mandare iuriſdictionem, iure civili, etiam cui in civilibus cauſis mandata iuriſdictio eſt, alteri porro eam mandare nequit.

Ita de iure Saxonico.] Iſta quidem diviſio à Fachſio traditur, verum oppoſitio iſta & explicatio, non ſatis videtur commoda: quia ex iure Romano quidem, & in magiſtratibus nulla iuriſdictio hæreditaria: cæterum in Ducibus, Baronibus, Comitibus, etiam criminalis iuriſdictio hæreditaria. Eſt tamen et am ſpecialis ſignificatio verbi. Erb, quod iure Saxon. ſignificare ſolent, quæ ſucceſſionis iure in alios devolvuntur.

An ad Commiſſarios Cameræ.] Ratio negantis ſententiæ Tr. ex adducto *c. ſi. de offic. deleg.* hæc videtur, quod intelligatur electa perſonæ induſtria. Verum cum civiles cauſæ à quocunque magiſtratu delegari poſſint, ratio iſta non concludit: & alias ead ratio militaret in delegato principis; cuius vices cum ſuſtineat iudiciũ Camerale, defendi poſſe exiſtimatim, delegatum eius ſubdelegare poſſe: tum quod hic ipſius delegantis dignitas cõſideranda videtur, tũ quod, ut paulo ante notatũ, delegatus de natura mandatarii iuriſdictionis participat. Cæterũ Tr cõfundit quæſtiones de delegato ad totã cauſã. & ad unũ actum: de quo caſu tradunt *Mynſ. & Gail. allegat.* videlicet de eo cui examinatio teſtium

commiſſa eſt: qua in re cũ multum poſſit induſtria commiſſatij, eius perſonam, etiam à principe cauſam cognoſcente, in ſpecie dixerim electam: cum præſertim in depoſitione teſtium tota probandi vis conſiſtat, & ex ratione iuris noſtri ad ipſius judicis officium pertineat examinare teſtes.

Cum partium conſenſus accedit] Poſita negativa Tr. ſententia, hæc limitatio non videtur admittenda: quia iudicem dare vel mandare iuriſdictionẽ iuriſdictionis aut mixti imperii eſt, neque adeo privatorum conſenſu tribui poteſt: ut recte poſt *Bart. & Bald. ſentit Zaſius in l. 5. h. tit. numer. 16 & 19. Iaſ in l. 5. Cod. de iud. colum* 2. Ideoque ita ſubdelegatus, aut nulliter cognoſcet, aut cognoſcet tanquam arbiter aut arbitrator. Plane quoad actus ſingulares & non iuriſdictionales, & in quibus cõſideratur intereſſe partiũ limitationi illi poſſit eſſe locus per *c. fin.* §. 1. *de offic. de leg.*

LIT. D.

Vel non nuda ſive legitima.] Minus recta iſta oppoſitio eſt: vel quia poteſtas iudicum pedaneorum, ſiquidem ea iuriſdictio eſt, legitima poteſtas eſt, vel quia tutoris datio, quæ pro exemplo affertur, nuda poteſtas eſt, vel quia etiam iuriſdictio ſimplex dicta, licet ſemel & in univerſũ, à lege eſt, vel, ſi poteſtas ſpecialiter lege cõceſſa huc referenda eſt, etiam imperium merum contra mentem Tr. huc fuerit referendum.

Vt datio tutoris.] De hoc dicemus infra *th. 7.*

Quæ hoc loco de diſtinctione iuriſd. ſimplicis & imperii mixti traduntur, reperiuntur *th. ſeq. lit. b. in fin.* Cætera quæ ad deſcriptionem imperii mixti pertinent, tractanda ſunt *ſub th. 4. lit. b. & ſeq.*

THESIS III.

LIT. A.

Exequendi poteſtas eſt imperium.] Cum *th. 1. lit. C.* poteſtatem ſtatuẽdi ad eam iuriſdictionem referat, quæ in cauſis civilibus competit iure magiſtratus, & hoc loco imperium oĩa poteſtate exequendi definiat, ſequetur, quod cognitio in cauſis criminalibus iure magiſtratus competat, & ſit iuriſdictionis ſimplicis: itemque quod ius ſtatuendi in criminalibus non ſit imperii meri, quorum utrumque falſum eſt, de quo plura in ſeq.

Iuriſdictionem in coercendo.] Niſi verbum coercitionis late & abuſive ſumatur, definitio iſta ſubſiſtere non poterit.

LIT. B.

Quia iure magiſtratus competit, mixtum appellatur.] Hæc ratio bona nõ eſt quod etiam iuriſdictio in civilibus iure magiſtratus competit: ſed iſta explicanda erit, quod iuriſdictioni iuri magiſtratus competenti ſubſerviat. cæteroquin cũ Treutl infra imperium merum iure magiſtratus competere ſtatuat, tanto minus hæc ratio procedet: Doctorũ plane ratio inepta eſt, quia partem capiat de imperio mero, partem de iuriſdictione: *Zaſ in l. 3 h t. num 12 poſt Br in l. 3. h. t nu. 6.* Rectiſſime *Don 17. comm. 8* Imperium merum dici, quia non ſit coniunctum cum Iuriſdictione quæ competit iure magiſtratus: peſſime *Gillet. 2. de Iuriſd. 5. & 6* ideo merum quod ſit remotum è cognitione & iudicatione, & ideo etiam executionem in civilibus eſſe meri imperii.

Exequendi iudicati poteſtas.] Anguſtior eſt hæc definitio, quod etiam coercitio ſententiã præcedens mixti eſt imperii: plane autem vitioſa eſt, admiſſa ſententia Tr. *th. ſeq. lit. b c & f.* ideoque notãda pro iis, quæ ad *d. th. 4.* diſputabũtur.

In qua recte legitur cuiet iam, &c.] Vulgata lectio *d. l. 3* tolerari quidem poteſt, propter connexionem iuriſdictionis & imperii mixti: verum lectio Hottomanni à Tr. improbata veritati & proprietati rerum ipſarum convenientior, per ea quæ dicuntur *th. ſeq.*

Plane à iure Romano aliena.] Recte improbatur iſta definitio, non tamẽ tam ex textibus allegat, quam ex hac certiſſima ratione, quod cum mixtum imperium ſubſerviat iuriſdictioni ſimplici, quæ ex ipſa Dd. ſententia mercenario officio iudicis expeditur, illud quoque eodem expediri officio neceſſario conſequitur: eoque nõ tantum à Romano, ſed ab omni iure iſta definitio eſt aliena. Quin & in poſſeſſionem miſſio actioni ſubſervit, ut quantumvis Dd. exemplis utamur, definitio iſta non ſubſiſtat.

Quod vero dixi hoc imperium.] Parum hoc videtur ſubtile, quia iſta phraſis, *iure magiſtratus competere,* non Romanum, ſed ſimpliciter magiſtratum deſignat. Et tamen parum imperii magiſtratus municipalis habet, maxime ſi ex ſententia Dd. quam *th ſeq.* Tr. ſequitur, mixtũ imperium quatenus nõ iuriſdictioni ſubſervit, ſed ſeparatim & per ſe in danda bonorum poſſeſſione, reſtituendo, &c cõſiſtit, conſideramus, quæ magiſtratus municipalis facere nequit *l. 26. ad municip* quo ſenſu verum non videtur, quod, ut Tr. paulo poſt ſubijcit, Dd. perperã argumentãtur a ſpecie ad genus negative: (ita enim legendum eſt, non affirmative) quia hoc modo omnino

Digitized by Google

nino recte argumentamur.) Partem ſane Imp. mixti habent, (quod male negat *Longo Vall. p. 3. c. 11.* ubi tamen iis pignoris capionem concedit) quantum exequendæ eorum iuriſdictioni ſat eſt: etiam amplius ex *N. 15.*

Etſi enim non poteſt dare bonorum poſſeſſionem.] Nulla & hæc ratio eſt. quia hoc eſt iuriſdictionis, ut oſtendemus *th. ſeq.*

Tamen poteſt iubere caveri in caſu.] Nulla & hæc ratio. quia magiſtratus municipalis habet hoc ex delegatione prætoris: & huius quidem ſemel & in perpetuum, & quaſi ex edicto, quod recte notat *Scip. Gent. 2. cap. 6.* contra *Charond. hic ſub rubr. d. mixt. imper.* qui ſingulis vicibus delegationem neceſſariam putat: qua ſententia admiſſa tolleretur delegationis utilitas, quam periculum moræ ſuaſiſſe ait ICtus *in l. 1. de damn. infect.*

Multa dictionem.] Cuiacii ſententiam iſtam quam ſequitur Tr. ſatis ſolide confutant *Scip. Gent. 1. de iuriſd. 7.* cuius ſcrinia non compilo: *adde Muſcron. hic. n. 120.*

Ex quibus omnibus & hoc.] Ex ſententia Tr. poſita *th. ſeq.* non ſat bene hoc deducitur: cæterũ ſententia iſta veriſſima eſt, quam etiam propoſui *th. præc. lit. e.* Nimirum ita res ſe habet: coercitio, coactio & violentia ad criminales cauſas pertinent, in quibus ultro ſententiæ non paretur: in civilibus debitores ipſi agnoſcere bonam fidem, & in iudicio, ſponte ſua ſententiæ ſatisfacere ſolent: ſed quia hic quoque non raro ſunt moratores, refractarii, propter hos ipſa neceſſitas ſuaſit, partem aliquam ex imperio decidi, & iuriſdictioni adiici, quatenus huic tuendæ & exequendæ ſatis eſſet. Hæc imperii portio, adiecta iuriſdictioni, quæ ſine illa futura eſſet eluſoria, vocatur imperium mixtum *arg. l. ult. de offic. eius, &c.* Quæ ſcilicet prima ratio fuit conſtituendi imperii mixti. licet quædam ei adiecta fuiſſe concedi poſſit. Ex his apertum eſt, diverſam utriuſque eſſentiam, diverſos actus & effectus eſſe, falſamque adeo ſententiam Cuiacii, quæ olim fuit antiquorum quorundam, relata à *Gl. in l. 3. h. t.* duo illa confundentis, & quicquid imperii eſt, idem iuriſdictionis, & vice verſa eſſe, affirmantis: licet eum ſequantur *Scipio Gent. 1. de iuriſd. c. 1. & 3. Obrecht. c. 2. nu. 10 Cabot. 1. diſput. 9.* & ante hos omnes *Baro de iuriſdict. & imper. Charod. ibid. ſub rubr. de mixt. imper.* & ſibi contrarius *Don. 17. comm. 8.* dum unum idemque & Imperij & Iuriſdictionis recte dici ait: quos mirari licet hoc argumento, quod iuriſdictioni imperium mixtum cohæreat, eique inſit, ſententiam ſuam adſtruere, quæ ex hoc ipſo ſolide confutatur: quippe ſi cohæret, ſi adiunctum eſt, ſi ſubſervit iuriſdictioni, ſi ea mandata tranſit, ſi quædam magis imperii ſunt, ſi quædam nec imperij nec iuriſdictionis *l. 6 de tutel.* ea diverſa eſſe neceſſario efficitur: & vero ea vis veritatis eſt. ut contrariæ ſententiæ autores ipſi hanc differentiam agnoſcere cogantur: *Obrecht. d. loc.* admittit in abſtracto hæc diverſa eſſe, & utrumque ſua diſtincta habere munera, quod & fatetur Charõd & apertius *Scip. Gent* qui *lib. 1. cap. 5* imperium mixtum definit modicam Iuriſdictioni cohærẽtem iuriſdictionem, *& c. 3.* ſcribit in hæc verba, quæ quia rem totã explicant, adſcribam Si conſideramus materiam, (id eſt, obiectum) circa quam, non differunt iuriſdictio & imperium mixtum. Utrumque enim pertinet ad cauſas civiles & pecuniarias. Quod ſi non res, ſed vim ipſam atque naturam iuriſdictionis & imperij mixti ſpectamus, iuriſdictionem eſſe dicemus ius cognoſcendi & ſtatuendi de cauſis civilibus mixtum imperium vero poteſtatem, quæ iuriſdictioni cohæret, eius tuendæ & exequendæ gratia: Hactenus ille. Exemplis hæc res illuſtrari poteſt, altero iuridico, quod pacta adiecta, quæ contractibus ineſſe, eorumque partem facere dicuntur, perpetuo tamen à contractibus diſtinguuntur: altero ex Ethicis, quod prudentiæ & virtutis moralis, indiſſolubilis eſt nexus, ita ut utraq; ad unam eandemque actionem abſolvendam, diverſis tamen functionibus, concurrat, ſecundũ quod eleganter *Ariſtot. 6. Eth. 12.* τὸ ἔργον ἀποτελεῖται, κατὰ τὴν φρόνησιν, καὶ τὴν ἠθικὴν ἀρετήν· ἡ μὲν γὰρ ἀρετὴ τὸν σκοπὸν ποιεῖ ὀρθὸν, ἡ δὲ φρόνησις, τὰ πρὸς τοῦτον: & tamen prudentiam & virtutem moralem, diverſa eſſe & revera inter ſe diſtincta, nemo unquam negavit.

Lit. C.

Quia cum cognitione &c.] Ratio hæc appellationis. quod cum cognitione de criminibus nihil habeat commune, ſed a lege ſpecialiter deferatur, vera non eſt: vel quia præſupponit falsũ cognitionem criminum non eſſe imperii meri, de quo mox vel quia ſpecialis conceſſio non facit, ut aliquid dicatur merum alias multa extra illius imperii cauſas mera dicenda eſſent: vel quia hoc ſenſu etiã portio illa imperii, quæ annexa eſt iuriſdictioni, & a cognitione cauſarum civilium revera diſtincta, merum imperium vocari poſſit. Et conſtat inde merum dici, quia ſtat

Digitized by Google

per ſe, non ſubſerviens iuriſdictioni, ſecundum dicta ſub finem lit. b. quod ipſe Tr. in allegg. innuit, dum ait merum dici reſpectu mixti, quæ etiam eſt tertia ratio *Br. in l. 3 h. t. & comm. Dd teſte Iaſ. ibid. colum 6* quomodo hoc explicant *Baro hic Cabot 2. diſput. 5. in pr. Obrecht c. 3. nu 16. Duar. de Iuriſdict. cap. 3.* & quomodo merum officium Iudicis, merum factum, conditionem meram, merum Ius gentium dici notant. *Idem Caraſ. 3. miſc. 17. Muſc numer. 39. Paurm. 1. de Iuriſd. 1. num. 12. Duaren in l. 3. hoc tit.* quod ſane accipiendum, ne quis inde ius cognoſcendi vel pronunciandi excludat: Et ergo inepti, qui merum Imp. inde dictum putant, quod ſit ſeparatum à privata utilitate *Cyn. in l. 3 h tit. num. 1. & 19.* (eadem ratione mixtum eſſet merum, quia ſeparatum a publica) qui mixtum Imp. inde quod participet de mero & de iuriſdictione *Gl. & Br. in l. 3. num. 14. Cyn. ibid. numer. 4. & in l. 1 de offic. eius num. 7.* unde dictum participium à *gl* quam ſequitur *Zaſ. in d l. 3. num. 1. & 10.*

Sed à lege ſpecialiter.] Ex oppoſitione imperii ad cognitionem neceſſario ſequitur hæc concluſio: cognitionem de criminibus ſpecialiter lege non deferri. Quod verum non eſt, quia cum hæc duo, Iure magiſtratus competere, & lege ſpeciatim deferri oppoſita ſint ſine medio, utique cognitionem illam iure magiſtratus non competere certum eſt.

Sed plenius videamus de eo, quod Tr. affirmat, merum Imperium nihil habere commune cum cognitione ſuper criminibus: quod ille videtur probare initio *lit. c. ex l. 3. h. t.* quod cum ibi mixto imperio dicatur ineſſe iuriſdictio conſequenter non inſit imperio mero. Verum non dubie *in d. l 3.* intelligitur iuriſdictio ſimplex, & quod recte Dd. tradunt, & ſequuntur *Fr. de Claper. concl. 2. Cabot. 2. diſput. 7. Muſc. hic n. 16.* ipſa criminalis iuriſdictio eſt imperiū merum & ſub huius appellatione etiam cognitio & iudicatio in criminalibus continetur. *Paurm. 1. de Iuriſd 11. & c. 15.* Eoque improbanda ſententia Charondæ, & ante eum *Gillot. 1. de Iuriſd. 8. & 10. & lib. 2. c. 2. & 4.* qui imperium merum tātum putat eſſe in exequendo, quam ſententiam probari à Tr. apparet ex lit. a. & quod th. 1. poteſtatem ſtatuendi & exequendi tanquam diſtinctas ſpecies opponit. Utique 1. tres tantum ſunt termini, imperium merum, mixtum & iuriſdictio ſimplex. 2. In condemnatione præcipua pars imperij eſt *argum. l. 2. §. 23. de O. I* ex quo Tr. th. 1. imperium merum probavit, ius autem dicere de capite non eſt exequi. 3. Quod *l. 1 de offic. eius*, quæ imperium merum mandari poſſe negat, non poteſt intelligi de ſola executione. Sed videri poſſit Tr. cum cognitioni oppoṅat imperium, ſub hoc comprehendere etiam pronuntiationem, quæ eſt ſententia *Obrechti c 2. num. 9. & c. 3.* a qua nec alienus *Suer. in rep. lect. 6* Verum præterquam quod repugnat definitio, quæ dicit poteſtatem exequendi, etiam inepte iuriſdictio criminalis, quam contra Dd. conſtituit Obrecht. & a mero imperio diſtinguit ſola cognitione & notione definitur: ſiquidem proprie loquendo, qui cognoſcit, non dicit ius, ſed cognoſcit, ut recte ius dicat: itaque cum cognitio ſit quiddam antecedens, et fini, ut recte ius dicatur, male illa in quibuscunque tandem cauſis, a poteſtate iuris dicundi, & ſententiæ ferendæ ſeparatur. Cæteroquin illa ad juriſdictionem in civilibus, & in criminalibus ad merum imperium referenda eſt. Siquidem ejuſdem poteſtatis eſt cognoſcere & pronuntiare: *& in l. 5. de offic proc. in pr.* non obſcure cognitio ipſi animadvertendi juri accenſetur. Ex quo judicare licet falſum eſſe quod ait *Obrecht. c. 1 in fin.* conceſſa iuriſdictione in genere contineri quidem iuriſdictionem criminalem, ſed non imperium merum. Cæterum pro Tr. hoc dici poſſit, quod cum in civilibus cognoſcend. & ſtatuendi facultas à facultate exequendi ſeparata, & illa quidem iuriſdictionis, quin & nudæ notionis, hæc autem imperij mixti ſit: eadem ratione in criminalib. executio & irrogatio pœnarum à cognitione ſeparanda eſſe videatur. *Reſp* à diverſis male inferri: cognitio & deciſio cauſarum civilium conceſſa magiſtratibus, nomen iuriſdictionis aſſumpſit cauſarum criminalium, quam populus ſibi reſervavit, nomine imperii appellata fuit. Et quidem de verbis pugnandum non eſt, neque impediam, quominus iuriſdictio criminalis dicatur, ſed hoc poſito & ſententiæ ferendæ & exequendi ius ad eādem referam, quod hic non poſſit imperium dici annexum iuriſdictioni, alias non merum ſed mixtum fuerit, & non acceſſorie, ut in civilibus cauſis, ſed principaliter jus exequendi venit. In civilibus ſententia per obliquum executioni mandatur vi imperij mixti, & plerunque diverſum ab ipſa ſententia mixto imperio decernitur. in criminalibus ſententiam prout lata eſt, per lictores iudex exequitur. Utique poteſtas animadvertendi ex qua imperium merum definitur *in l. 3. hoc tit.* procul dubio jus condem-

demnandi comprehendit.

THESIS IV.

LIT. A.

Iudicis dandi licentiam iuriſdictioni.] *per l. 3. inſ. h.t Cyn. in l.1 eod. nu. 10. Iaſ. in l.1. de off. eius, col. 7.* ubi cuivis etiam minimo magiſtratu competere ait. *gl. & alij Dd. in d l 1. h. t.* Dubium hoc recipit, tum quia per *l. 12. de iud.* magiſtratibus municipalibus iudicem dare non licere probatur, qui tamen capi iubendo, & quod ijs Tr. concedit, mulctã dicendo cogere poſſent; tũ quod *in d. l. 12.* hoc adſcribitur vi imperij, & ſimul ſpeciali conceſſioni acceptũ refertur. tum denique, quod in iudicis datione nulla neque cauſæ cognitio, neq; definitio eſt; Neque ſatisfacit reſponſio T. *in fin. huius lit.* vel quia ex eo quod iudicis datio competere dicitur ijs, qui mixtum imperium habent, huius potius eſſe dare iudicem efficitur vel potius quia *in d l. 12.* non de effectu & executione dationis, ſed de ipſa datione quæritur. Explicatio *Duar. loco citato. & 1. diſp. 53. & in l. 7. de pact. & ad tit. de iuriſdict. c. 2. & Don. 17. comm. 6.* non incongrua eſt, quod prætor præſcribendo formulam, ſecundum quam iudicari debeat, hoc ipſo ius dicere videatur: attamen aliud eſt formulam præſcribere, aliud iudicem partibus dare & addicere. Ideoque plerique ad mixtum imperium referunt, quos ſequitur *Charond. hic, rubr. d. Imp. mixt. poſt Iaſo. in l. 3. h. t. col. pen. & Baro* (ex inepta ratione quod fiat per decretum) *Obrecht c. 1. n. 34. & fere Cabot. 2. diſput. 9.* Sed Bocerus *c. 3. nu. 7.* eatenus eſſe iuriſdictionis, quatenus huic cohæret. At quin ita etiam mixtum imperium, fuerit iuriſdictionis: & idem tamen *c. 1.* refert ſub iuriſdictionem extraordinariam, quæ ſit à lege, cui repugnat *d. l. 12. ibi, more maiorum,* & quod lex magiſtratum conſtituens, ipſum potius vult iudicare Simpliciter dicam, eatenus eſſe & dici iuriſdictionis, quatenus prætores quod initio propter occupationes & dignitatis tuendæ gratia faciebant, poſtea ſimpliciter & indiſtincte, permittente tacite populo, fecerunt, & inde hanc quaſi formam iuriſdictioni ſuæ dederunt, ut per iudices cognoſcerent & iudicarent. Verum quod ita moribus Romæ receptum & permiſſum fuit, propter dignitatem magiſtratus, quo referri debet, quod de vi imperij dicitur *in d. l. 12.* ad alios porrectum non fuit, neque municipales, neque provinciales, ſed ut his judicem dare liceret, Lege vel Scto opus fuit, de quo etiam *Scip Gent. 1. de iuriſdict. cap. 10. & 14.* Cæterũ mixto imperio hoc minime adſcribendũ eſt, quia neq; ad tuendam aut defendendam iuriſdictionem, multo minus ad exequendũ pertinet.

LIT. B

Mixtum imperium in danda bonorum poſſeſſione.] Communiſſima hæc ſententia eſt, quam certatim ſequuntur neoterici, *Duar. Eguin. Char. Boc. c. 3.* exceptis paucis, *Longov. Gouean. Fr. de Claper. A. Fab.* qui iuriſdictionis eſſe ſtatuunt, quibus ego calculũ meum addo; quod juxta notatã *lit. b. in fin. th. præced.* mixtum imperium nihil aliud eſt quam portio quædam ex imperio quod ad cauſas criminales pertinet, deciſa, & neceſſitatis gratia iuriſdictioni tuendæ, explicandæ & expediendæ, ſententijs, & decretis exequendis, adjecta. Quod ita ſe habere & ratio ſuadet, & ipſa appellatio, & textus non obſcuri *in l. 1. §. ult.* (ubi imperiũ mixtum dicitur cohærere iuriſdictioni.) *& l. ult. de offic. eius* &c. Ubi, ex eo quod dicitur, eſſe Iuriſdictio ſine eo nulla, hoc illi ſub ſervire, conſequitur. Atqui quomodo dare bonorũ poſſeſſionem coercitio vel iuriſdictioni cohærere dici, aut quomodo cuius reſpectu, & cum quo mixtum dici poſſit, minime apparet, Illa enim inepta ratio quorundam, quod cognitio aliqua præcedat decretum: quia ita omnes ſententiæ mixti imperij, dicendæ eſſent. Equidem *Scip. Gent. 1. de iuriſd. c. 6.* hoc ipſum quod hic nulla coercitio ſibi objicit, & reſpondet, eſſe hoc quidem imperii, ſed non ſemper imperio opus Quæ manifeſto inepta reſpõſio eſt, ex qua non, dare bonorum poſſeſſionem, vel alia id genus; ſed quæ illa conſequuntur, executionem concernentia. Imperii eſſe conſequitur: & quod vere imperii mixti dicitur, illo poſito hoc quoque poni neceſſum eſt: & ſecundũ illam reſpõſionem etiam ſententia cui ſæpe ultro paretur ad imperium mixtum referri poſſit. Conſtituamus igitur, cum prætor decernit alicui bonorũ poſſeſſionem, eum iuriſdictione ſua, ex qua etiã edicta eſſe dicuntur, uti, non imperio mixto. Neque obſtat ſententiæ noſtræ *l. 3. h t* ſi cum Ant. Fabro leviſſima mutatione, pro *quod*, legatur, *quæ*. idque ſuadet particula ſequens, *etiam*, quæ aliud exemplum iuriſdictionis præceſſiſſe arguit. Neq; ideo vitioſa hæc explicatio, quod ſecundum eam in *d. l. 3.* nullum foret exemplum imperii mixti: quia I. mixtum imperium aliquid indefinitum, variis cauſarum generibus accommodatum, quippe iuriſdictioni inſerviens. II. quia propoſitum Ulpiani illud ſolummodo fuiſſe videtur, ut mixtum imperium à mero diſcerneret. Hoc autem optime adſecutus eſt illis verbis *cui iuriſdictio ineſt.*

Hæc

Hæc enim vera differentia mixti imperij à mero, quod hoc cum iuriſdictione nihil habet cõmune. Aliæ lectiones, diſpũctiones & emendationes *d.l* 3.*Gov. Longoval.Fr.de Clap & aliorum*, vulgo notæ ſunt. *& à Cab.2.diſput.8 Boc.3.num.1.Paurmeiſt.1.de Iuriſdict cap.13*. aliis relatæ. Plane mutatione aliqua niſi lectionem Holãdr. ſequaris textus opus eſt, neque fieri poteſt, quod *Boc.c.3.numer.1* .olim ſe putaſſe ait, dare bonorum poſſesſionem. eſſe quidem iuriſdictionis, ſed eo reſpectu dici imperii mixti, quatenus non parentes coercentur: neque quod *Duaren. adverſ.Baron.* propter coniunctionem cum iuriſdictione Imp.mixti, adhoc refert. Etenim Ulpianus in ipſa datione poſſesſionis iuxta vulgatam lectionem, imperium mixtum reponit: & cum eo ſenſu omnes ſentẽtiæ & decreta mixti imperii eſſent, Ulpianus contra omnem docendi, definiendi aut deſcribendi methodum, naturam imperii mixti ita explicaſſet, imo nec explicaſſet.

Huc tamen non refero agnitionem. Nullum enim hic decretum neque imperium, quod autoritas ipſius legis facit bonorum poſſeſſorem. ideoque magis eſt ut ſub iuriſdictionem voluntariã hodie ſit referendum, *cum Mart part.4.diſt.18.Don.17.comm.8*. quos ſequitur *Th. Michael th. 108. Simpliciter eam faciunt Iuriſdictionis gl. & Cyn. in l. h.t.in 6.*

LIT. C.

Reſtitutionem in integrum.] Hæc communisſima itidem ſententia, (quam ſecutus *Claper.conc.17*. reſtituere ad primum Imp.mixti gradum refert: *Coraſ 3.miſc.17.*) ex paulo ante diſputatis confutatur: quia ut recte diſputant *Longevall. And.Fab Gov.* in hoc nulla eſt coercitio, neque hoc iuriſdictioni cohærere, ei annexum eſſe aut ſubſervire dici poteſt. Sed obiicitur *l.eaqua 26.ad municip.* Reſp. I. inde vitioſe colligi utpote ex puris negativis: velut ita male inferatur: Quæ magis ſunt imperii, non poteſt facere magiſtratus municipalis: atqui hic ſupra 300. ſolidos non poteſt cognoſcere: ergo hoc eſt imperii. II. cum Goveano ad *l.3.h.t.* duas eſſe quaſi partes ſive gradus iuriſdictionis alteram humiliorem, quæ exerceatur remedio ordinario actionis, & ut Dd. loquuntur officio mercenario; alteram digniorem & ſplendidiorẽ, quæ exigat tribunal & ſolennem cauſæ cognitionem, & fere nobili iudicis officio expediatur. III quod vox imperii ſit πολύσημος de quo late *Paurm.lib.1.cap.8.* & in *d.L.26*. non intelligendum Imperium mixtum, ſed poteſtatem & autoritatem prætoris, eo ſenſu, quo magiſtratus maiores cum imperio eſſe dicuntur *l.32.de iniur.* opponuntur iis qui ſunt ſine imperio, ſive municipalibus, quos inter maiores magiſtratus abſurde refert *Gillot.2.de iuriſdict.18*. vel etiam minoribus Romæ, ut notat *Scip. Gent.1.de iuriſdict. c.2.* quomodo etiam imperii verbum ſumitur *in l.8.& ult.de offic.proc.l.3.& 4.d.offic eius.l.12.de iud.& in l.2.d.adopt.§.1.l.eod.l.7.§.ſi paci;car 14.de pact l.1.ad L.Iul maieſt.l.pen. de Iuſt.& Iur.* Eoque hæc ſententia eſt *d.l.26*. ea quæ propter poteſtatem imperii, & iis magiſtratibus, qui cum imperio ſunt, competunt, ea non competere magiſtratibus municipalibus. Nimirum iuriſdictio conſideratur vel abſolute, vel ad rationem iuris civilis, quod prætorio opponitur: reſtituere in integrũ, poſſesſionẽ bonorũ dare, quia hoc modo ſuccurritur jure civili excluſis, iuriſdictionis quã à jure civili accepit prætor dici non poſſunt, ſed poſſunt, dici & dicuntur recte iuriſdictionis à prætore iure magiſtratus ampliatæ & ſecundũ hæc etiã edicta, quæ pasſim ex iuriſdictione prætoris eſſe dicũtur, imperii quoq; dici poſſunt Ergo, ut cõcludamus, De Imperio mixto omni & integro agi *in l.1.§.ult.& l.ult.de off.* & illud cũ *Ant.Fab. Gov.Longov p.3.c.2.& 7* dicimus eſſe, modicam coercitionẽ iuriſdictioni cohærentẽ, ſubſerviẽtẽ, vel iuriſdictioni cõnexã ei tuẽdæ, & explicãdæ, & exequendæ poteſtatem. Hæc ſententia, (ea vis veritatis eſt) plerorũq;, qui à nobis diverſi reſtituere in integrũ, & alia id genus mixti imperii faciunt, autoritate confirmatur. *Fr. de Clap.concluſ.3.* mixtum imperium coercitionem modicam iuriſdictioni accedentem & famulantem vocat *Suerin.rep.lect.6*. mixtum Imp. cohærere iuriſdictioni per accidens. ut nervos habeat. *Coraſ.3.miſ.17*. ſervire iuriſdictioni. *Fach.9.contro.95.& 96*. eſſe poſitum in executione & expeditione, & *Duar.hic cap.7*. agnoſcit, mixtum Imp. eſſe illud ipſum de quo tractatur in *l.1.§ ult.& in l.ult.de offic.eius Vaud.2.quaſt.35* modicam coercitionem eius, qui habet iuriſdictionem, hucuſque ſubſidium. *Don.17 comm.6*. poteſtatem coercendi, cohærentem iuriſdictioni quantum ad cauſam civilem civiliter exſequendam ſufficit *Scip. Gent lib 1. cap. 3. & 5.* poteſtatem cohærentem iuriſdictioni huius tuendæ & exequendæ gratia: & *Treut.th.2.lit.c.* coercitionem modicam & executionem iudicati *& th.3.lit.a* iuriſdictionem in coercẽdo poſitam *& lit.b.* poteſtatem exequendi in cauſa

civili

Digitized by Google

civili: quibus poſitis ſententiam noſtram neceſſe eſt obtinere. His ita conſtitutis ſequentes variorum opiniones damnamus. I. Omnia quæ decretum & cauſæ cognitionem deſiderant, eſſe imperii mixti: quæ ſententia eſt *Baronis hic Scip. Gent. libr. 2. cap. 28. & 29. poſt Bart. & Dd. in l. 3. h. t.* qui hujus generis omnia in tertio & quarto imperii mixti gradu collocant. Equidem qui decernit jus dicit, & decreta ſententiæ ſunt: & cum prætor ipſe non judicet, hac opinione admiſſa nihil relinquetur juriſdictioni, aut utique juriſdictionis anguſtiſſimi, Imperii mixti ampliſſimi erunt termini, repugnante ratione, & aperto jure, in quo ubique de juriſdictione, vix uno aut altero loco de mixto imperio videas tractari. II. conſequenter, imperii mixti eſſe omne juſſum: quæ ſententia eſt prædictorum. *& Boceri cap. 3. n. 8. & cap. 6. num.* 11. quia juſſum latius patet quam imperium, & utique coercere non eſt jubere, ut recte *Gilles. 1. de Iuriſdict. 6.* & amplius non omne imperium mixtum imperium eſt, ut ſupra explicatum. Ex quibus poteſt judicari de ſententia, *Bl. in l. 3. h. t. num. 14.* mixtum imper. eſſe: aliud magnum, quod conſiſtat in ordinaria juriſdictione: aliud minus, quod in ſummaria: aliud minimum, quod in voluntaria: quo quidem nihil abſurdius aut falſius fingi poteſt. III. Mixtum imperium eſſe præſtantius & nobilius juriſdictione, & hanc quaſi illi ſubſervire: quod ſententia ex Diametro adverſa reſponſis ICtorum in *l. 1. §. ult. & l. ult. de offic. ejus* probatur *Fr. de Clap. concl. 16. & 24. Thom. Mich. th. 99* poſt Dd relatos & probatos *à Iaſ. in l. 3. h. t. col.* 3. quo in effectu inclinat *Don. 17. com.* 8. Juriſdictionem contineri Imp. mixto. IV. Mixti imperii eſſe, per quæ reſcinditur actus jure civili validus. *Donell 17. comm.* 8. *Sucrin rep. l. 6.* quia imo etiam emendare jus civile & ſtricto jure læſis ſuccurrere, juriſdictionis eſt prætoriæ. V. Mixti eſſe imperii quæ fiunt citra contradictionem partis adverſæ *Corraſ. miſcell. 17.* quia nihil hoc ad eſſentiam mixti imperii vel juriſdictionis. VI. Mixtum imperium aliud cohærere juriſdictioni, aliud ei ineſſe. duæ per ſe, recta explicatione, eadem, ad inducendos diverſos effectus, diverſa facit *Menoch. 1. arbitr. 74. num.* 20. VII. Mixtum imperium aliud eſſe principale aliud incidens *Muſc. concl. 3.* quia una natura & eſſentia eſt hujus imperii, de qua ſupra VIII. Aliquod imperium cohærere juriſdictioni, quod tamen non ſit mixtum. *Muſc. d. loc.* quoniã ideo mixtum dicitur, quia cohæret juriſdictioni, & imperium quod non mixtum eſt juriſdictioni cohærere recte non dicitur. IX. Mixtum imperium aliud eſſe quod inſit juriſdictioni, aliud ex adverſo, cui juriſdictio tanquam acceſſoria cohæreat & inſit. Quæ opinio *Bocer. cap. 3. num. 8. c. 16. num. 11.* & ante eum *Gilloti 2. de juriſdict.* 10. manifeſto eſt commentitia & falſa: quod juriſdictionem quandam imperio acceſſoriam facit: quomodo non imperium mixtum, ſed juriſdictio mixta dicenda eſſet, licet non admittat *Don. 17. comm.* 8. & ita res diverſiſſimæ, jure & ratione repugnantibus, ſub unum genus imperii mixti referentur, & omnino omnia confunderentur, neque mixtum imperium reſpectu meri, quin etiam merum, quippe cui cognitio ſemper annexa, mixtum recte diceretur, & contradictione quadam mixtum imperium nõ eſſe mixtum: ſicut nec minus vitioſa apud eundem Bocer. ibidem poſterioris ſpeciei diſtinctio quod aliud jure magiſtratus competat, aliud ſpeciatim lege deferatur, & unũ idemque, verbi cauſa tutorem dare, reſpectu cognitionis ad juriſdictionem, decreti ad mixtum imperium deferatur: quomodo quidem fœda confuſione idem ad juriſdictionem imperium mixtum, quin & merum referentur, & nihil plane in hac materia conſtanter & certo poterit affirmari. X. *in l. 1. §. ult. & l. ult. de off. ejus.* non agit de toto imperio mixto, quæ ſententia eſt eorum omnium qui decreta imperii mixti faciunt: Etenim, ut diximus una natura eſt imperii mixti, neque res plane diverſæ ſub illud referri poſſunt. XI. *In d. l. 1. & ult.* plane non agi de imperio mixto, ſed de coercitione quadam criminum leviorum, magiſtratibus permiſſa. Quæ ſententia *Paurmeiſt. 1. de juriſdict.* 9 omnino commentitia eſt, & tum expreſſis verbis textuum, tum ex eo refutatur, quod rationem hanc ſimul tranſeuntis coercitionis reddit ICtus, ne juriſdictio mãdata ſit eluſoria. XII. Etiam coercitionẽ quæ juriſdictioni cohæreat, non eſſe mixti imperii *Cyn. in l. 3. h. t. nu.* 11. *Iaſ. poſt Dd l. 1. §. qui man. de off. ejus colum.* 7 XIII. Mixtum imperium etiam ſubſervire executioni criminum. Quæ ſententia ejuſdem *Paurmeiſt. d. loc. & c. 15. num. 8. in fin.* plane nova ſingularis, & ita abſurda eſt, ut nec egeat confutatione. Et XIV. tandem, mixtum Imp. eſſe omnem poteſtatem jubendi & coercendi, quæ præcedat ſententiam cum cognitione cauſæ, etiam in criminalibus. *Gilles 2. de juriſd.* 10. Et hæc ſententia ut ab uſu juris omnino abhorrens cõfutatione indigna eſt:

Digitized by Google

Sicut nec illa *Br in l 3. h.t.* quia in primo & ſecundo Imp. mixti gradu collocat reſervata quædam Juriſd. principia.

Mixtum imperium mandari poſſe.) Poſita Dd. ſententia, de ijs quæ mixti ſunt imperij, verum hoc eſt & recte conſequitur, licet *l. ul. C. ubi & apud quem*, ius novum videatur conſtitui a Juſtiniano. Apertius probatur, ex *l. 4. de off. eius*, dudū exploſa inepta explicatione Dd. qui *d. l. 4.* ad cognitionem reſtringunt, de quo etiam *Scip. Gent. 2. de iuriſ. cap. 24.* Et per regulam iuris, quod ubi cognitione cauſæ & decreto opus ſit, prætor deſideretur: non mandatarius, ſed iudex pedaneus & magiſtratus municipales excluduntur. Adeoque apertius error eſt Dd. quos ſequitur *Iaſ. in l. 1. de off. eius col. 6. & 7.* omnia quæ non poſſunt facere magiſtratus municipales, cenſeri conceſſa ſpecialiter & in privilegium magiſtratibus maioribus. Cæterum ſecundum noſtram explicationem hæc conſequentia nulla eſt: quippe quod imperium mixtum non ſtat per ſe, ſed cohæreat iuriſdictioni, quod adeo ſi ſeorſim mandaretur, contradictione quadam futurum eſſet imperium non mixtum. Neque obſtat *l. ult. de off. eius*, quod diverſa ſint. mandari per ſe, & mandata iuriſdictione tranſire. Sed ne videamus argutari in verbis, equidem cum variæ ſpecies ſint coercitionis, in qua conſiſtit hoc imperium, non recte iſtud mandari poſſe indiſtincte negabitur. Plane vix eſt, ut extra caſum mandatæ executionis, eiuſque non ſimplicis, exemplum huius rei dari queat *arg. l & ſi non C. ſi contra ius*, &c. quo caſu an etiam executor habeat ius cognoſcendi, *Mynſing. 3. obſer. 19. Scip. Gent. lib 2. c. 32.*

Lit. D.

Incarcerationem.) Hoc recte, quod mixti imperii facit, cui' vigore poteſt iubere magiſtratus in vincula duci: ſed illud male, ꝙ improbat eos, qui etiā volūt eſſe meri imperij, videlicet in cauſis criminalibus. *Obrecht c. 7. n. 26. Bocer. cap. 5. n. 14. Scip. Gent lib 3 cap.* 10. ubi recte notat, poſt *Zaſ. in l. 3 hoc tit. num. 47. Iaſ ibid. col. 13 in fin & ſeq* quarundam coercitionem ſpecies mero mixtoque imperio eſſe cōmunes. Inepte vero *Muſc. num. 87.* facit Juriſdictionem quo caſu aliquem inferior magiſtratus in carcere detinet, dum mittatur ad ſuperiorem: quia hoc nudi eſt miniſterii.

Lit. E.

Mulctæ dictionem. Eiuſdem generis hæc coercitionis ſpecies eſt, & proinde male aliquando meri imperij eſſe negatur.

Quorum ſententia eatenus) Duplex hic vitium eſt: & quod pœnam pecuniariam quæ in locum corporalis ſuccedit mulctam appellat, & quod ita opponit inter ſe iſtas ſpecies, quaſi ex cauſa criminum quorumcunque tantum corporales pœnæ imponerentur, ſiquidem eatenus tantum pœnam pecuniariam imperij meri facit, quatenus iſta in locum corporalis ſubrogatur.

Lit. F.

Quoties prætor pollicetur.) Primo hæc ſententia falſa eſt: quia ſi omnia iuſſa decreta edicta prætorum mixti imperij ſunt, quid tandem erit iuriſdictionis prætoriæ? & iſta iuriſdictionis eſſe iam ſupra probatum eſt. II. dupliciter ſibi contrarius eſt Treut. tum quod *th. 2. lit. e.* mixtū imperium definit poteſtate coercendi & exequendi: tum apertius, quod hæc ipſa *th. lit. a.* iudicem dare dixit eſſe iuriſdictionis ſimplicis.

Habuit olim prætor) Parum ſubtiliter prætor aſſeritur, vel quia mixtum imperium iuriſdictioni adhæret, *th. 1. lit. a. & th. 3. lit. b.* vel quod ipſe *d. th. 3. lit. b.* etiam municipalibus magiſtratibus imperium mixtum tribuit.

Lit. G.

Primores collegiorum.) Reſtringitur in alleg. ad cauſas, quæ illorum iuriſdictionem concernunt: & ergo intelligit imperium ſubſerviens iuriſdictioni: atqui in hoc non convenit exemplis pleriſque hac th. propoſitis, dationi bonorum poſſeſſionis & reſtitutioni in integrum, quæ primores iſti facere non poſſunt, & tanto minus excuſatur Tr. quod utitur his verbis, Lit F, *hoc imperium mixtum.*

Quid de rectoribus.) His ita tribuit imperium mixtum, ut non obſcure neget imperium merum: Et tamen contrarium docet ipſa rei veritas: & licet fortaſſis non omnes imperij meri gradus omnes Academiæ habeant, Attamen etiam in ſecundo vel tertio gradu, conſiſtit Imperium merum, iuxta tradita ab ipſo Treut. th. ſeq. Sed illa alia quæſtio eſt, an Academijs ex *auth. habita C. ne filius pro patre* hoc imperium merum defendi poſſit: quod affirmat *Gloſſ. in d. auth.* quam refert & ſequitur *Bart. Scip. Gent. 3. de iuriſd* 17. cuius tamen rationes non uſque adeo magni momenti, & illa nullius, quam ex verbis, debitum vel delictum deſumit: quippe quod loci iſtius hæc ſententia ſit, quod ſtudioſi propter debitum, vel delictum alterius non debeant moleſtari repreſalijs vel arreſtis. & facile fuiſſet imperat-

Digitized by Google

imperatori, cauſarum quoque criminalium mẽtionem facere; & ratio privilegij à miſeratione petitur: fac, quod Imperator Fridericus (licet an Frider. 1. an. 2. iſta auth. adſcribi debeat, non ſatis ſit liquidum) apud *Petrum de Vineis 3. epiſt.* 11. in fundatione ſtudij Neapolitani, alijs privilegijs hoc adjungit, ut ſcholares in CIVILIBUS ſub iiſdem Doctoribus & Magiſtris conveniantur, de quibus etiam cauſis accipit iſtam Auth. *Petr. Herg. 2. quæſt. 11. num. 5. Muſc. hic nu. 76.* Cæterum quicquid ſit, conſuetudo optima legum interpres, in iſta auth. verba, *negotium, lis* etiam de cauſis criminalibus explicavit: & Academias utique Germaniæ etiam ius ſtatuendi in criminalibus uſurpare ſibi videamus: Quod ad inferiorem gradum imperii meri referendum cenſer. *Scip. Gent. d. loc.* quæ olim fuit ſententia *Iacobi de Arena*, qui referente & probante *Cyn. in d. auth. habita nu. 5.* inter crimen atrocius & minus atrox diſtinxit: quod ſequitur *Sichard ad d. auth. habita num. 21.* Plane hac in re obſervandæ ſunt conſuetudines locorum, ut recte monet *Clar §. fin quæſt. 35. num. 25.* quod Academiæ aliæ alijs diverſo. & quædam etiam pleno meri imperij iure utantur.

Quorum ſententia in ſcholis Italicis.) Mixto imperio propriè ſumpto, iuxta *th. 2. lit. e.* pro poteſtate cohærente & ſubſerviente iuriſdictioni, iſtam ſententiam veram non puto argum. *l. ult. de off. eius*, quod inanis futura ſit iuriſdictio, dempta poteſtate eam tuendi & exercendi: & quod Imperator Fridericus *d. epiſt. 11. lib. 3.* in civilibus Scholares vult conveniri coram Rectore, procul dubio ſimul etiam cõcedit poteſtatem illam natura ſua iuriſdictioni annexam: & male conſultum eſſet ſtudioſis ſi in puncto executionis alijs magiſtratibus ſubijcerentur.

THESIS V.

LIT. A.

Exequendi poteſtatem.) Cõtinuat errorem *th. 3.* imperium merum tantum conſiſtere in exequẽdo: ſiquidem iſti poteſtati accommodat deſcriptionem *l 3. h. t.*

Quæ dicitur poteſtas.) Non una eſt hac de re interpretum ſententia. Pro definitione non obſcure habet Treut. quæ olim fuit ſententia *Ang.* referente *Iaſon. in l. 3. h. t. in pr.* ſequitur *Long. p. 2. c. 1. Scip. Gent. 3 de iuriſdict.* qui perfectam definitionem putat: quod tamen non admitti poteſt, niſi à principaliori & à maiori parte ſu. *Cui in l. 1. de offic. eius. ad P Fach 9. cont. 94.* definit oncm ſumptam exiſtimes, quod ſummus hic gradus imperij meri, irrogare pœnam mortis, quam per gladium ideo ſignificavit ICtus, quod tum tẽporis hoc genere pœnæ à magiſtratibus more inferri ſolebat damnatis *l 8. de pœn. Pet. Fab. in l. 70. de R. I. Cabot. 2. diſp. 5.* Plane perfectior erit definitio, ſi dicamus poteſtatem animadvertendi in facinoroſos: omiſſa voce gladij: quod etiã placet *Duar. in l. 3 h. t.* quia min⁹ accurate dicitur poteſtas gladij vel alterius coercitionis, quæ verba addenda putant *Cabot. & Pet. Fab. dd. locis ex l. 70 de reg. iur. & l. 6. de off pr.* quæ tamen ſub intelligi poſſe exiſtimat *Suer. repet. lect. c. 6 Long. p. 2. c. 1. in rep. l. 3 h. t.* Secundum quæ defendi poteſt improbata à Tr. *Muſcorni ſententia in d. l. 3. h. t.* intelligi gladium materialem quomodo accipitur gladius *in L. 8. §. 1. de pœn. l. 6. §. pen. de off praeſ l. 6. §. 6. de iniuſt. teſtam.* cum præſertim ipſe Muſc. verbum illud aliquando generalius ſumi non diffiteatur. Alij tantũ per exemplum declaratum putant imperium merũ. *Obrecht. c 3 nu. 19. Muſc. nu. 42 Zaſ. in l. 3. h. t. nu. 5. gl. & Br. ibid. in pr. & comm. Dd. atteſtante Iaſ. in l. 3. h. t. col. 2. Gillot. 1. de Iur 7. Long. p. 2. c. 4 Paurm. 1. d. Iuriſd 14.* Alij metaphoram in verbo gladij conſtituunt quos non improbat *Pet. Fab. in d. l. 70. de reg. iur. Delrio in l. 18. C. de tranſact. nu. 26.* eamque vel ſynecdoches *Coraſ. 3. miſc. 17. Duar. in l. 3. h. t.* vel ſigni quod in exercitione iudiciorũ publicorũ gladius ſigni loco præfigi ſolitus, vel quod magiſtratus in provincias ituri gladio ab Imper. accincti: *Baro. d. iuriſd. fol. mihi. 96. Scip. Gent. lib. 1. c. 5. & lib 3. c. 3.* Bart. definitionem mihil moror, quam tuetur Muſc. & licet defendi poſſit, etiam accuſationem nobili iud. officio expediri, de quo prolixe *Muſc. nu. 65. & ſeq quod tamen negat Bal. in l. 3. h. t. n 2 Iaſ. ibid. col. 3.* utique tamen definitio illa minime naturam exprimit huius Imperij quam etiam plerique neoterici & prolixe *Gillot. 3. de iuriſd c. 1. & 2.* refutant.

LIT. B.

Ad bruta etiam animalia) Non principaliter, ſed quatenus delictum hominis annexum, ad abolendam memoriam, *cap. 4. cauſ. 15. quæſt. 1. Levit. 24.* II. materialiter ratione ipſius facti, non formaliter: quo pertinet exemplum ſuſpenſi porci apud Guidonem Papæ *deciſ. 238.* & quod ex L. Dei *Exod. 21. verſ. 28* bos qui occidit hominem, lapidibus obrui iubetur. III. in pœnam hominis, ut cum canis cum Judæo ſuſpenditur, & beſtiæ cum parricidis culeo includuntur Illud ſingulare quod Draco etiã in res in

Digitized by Google

animas, quaſi animadverti voluit: ex quo ſtatua Theogenis ob oppreſſum hominem in mare demerſa. *Pauſan. 2. Eliac.* Nam quod olim ſtatuæ dejici, ædes dirui ſolitæ, partim ad exemplum, partim ad ignominiam damnatorum, eorumq; delendam memoriam pertinuit.

Cadavera defunctorum.) A compoſito differt cadaver, quod cum non peccaverit, nec pœnæ obnoxium eſt, nec puniri dici poteſt, quod ſenſu caret: quod *gl. Bl. & alii Dd. in l. 3.* ridicule probant ex verbo *animadvertendi*, quod puniatur corpus animatum. Verum cum omnis pœnæ duplex finis ſit, emendatio delinquentis, & aliorũ, (quo caſu in exemplum pœna irrogari dicitur) quatenus nota & animadverſio quædam etiam poſt mortem durans, exemplo utilis eſt, eatenus pœnæ rationem habere poteſt: *v. Muſc. & ibi alleg num. 47. & ſeq.* ubi tamen male huc refert conceſſionem corporum ad anatomiam: quoniam hoc non fit in pœnam.

Sed ad regalia.) Dubitari poſſit an recta ſit oppoſitio regalium & imperii meri, ſiquidem ipſe Treut. reſervata principi & regalia confundit: conſtat autem populum Romanum initio cognitionem cauſarum criminalium ſibi reſervaſſe & in jure noſtro etiam imperium merum nõ niſi ſpeciali conceſſione transferri, quo reſpectu *Bongov. p. 1. c. 1 repet. l 3. h. t.* imperium merum accenſet regalibus. Et tamẽ verum eſt, juriſdictionalia diſtinguenda eſſe, ab iis quæ poteſtatem ſupremam gubernandi rempublicam concernunt, & dicuntur jura majeſtatis, & ex his præcipuum, jus condendi leges, quod non ſatis bene principi relictum ait Treut. in ſignum eminentiæ: quia leges condere & alia id genus, ipſi principatus naturæ eſſentialia ſunt: a quibus alia, quæ à jure principatus per ſe diverſa, principis ſplendori & dignitati tribuuntur, & in ſpecie reſervata vocantur: plane illud conſtat, quod in jure noſtro & iis locis quibus de juriſdictionalibus tractatur, Imperium ita non uſurpetur, ut etiam imperium illud politicum, quod in adminiſtranda principis jure, belli pacisque tempore Republ. verſatur, contineat.

LIT. C.

Tres gradus.) Ita etiam *Bl. in l 3. h. t num. 4. Scip. Gent. lib. 1. c. 6. & ſeq. Zaſ. in l. 3. h. t num. 15.* eoque perſpicue errat *Coraſ. 3. miſc. 17.* qui in ſuperioribus tantum gradibus collocat Imp. merum, eo quod etiam defenſores ex *N. 15.* infimum habeant gradum. Cæterum modo in pœnis ſubſiſtamus, parum refert plures an pauciores gradus utpote in magna delictorum & pœnarum varietate, conſtituãtur. Et ſane pecuniariæ quoque pœnæ, quarum apud ICtum in *l. 28. de pœn.* & inde apud Tr. nulla mentio, à gradibus pœnarum criminalium plane excludi non poſſunt: ideo fortaſſis omiſſæ in *d. l. 28.* quod etiam imperio mixto ſunt communes: eoque non abſurde duo principales gradus pœnarum, communium & propriarum, & harum porro plures.

LIT. D.

In locum ejus decapitatio.) Non capio, quomodo in locum damnationis ad beſtias decapitatio ſucceſſiſſe dicatur, ſiquidem & olim, quo tempore damnatio ad beſtias in uſu, frequentiſſimus etiam, & præcipuus uſus pœnæ gladii, *l. 8. de pœn.* ſed & olim damnationem ad beſtias verum eſt extraordinariam magis fuiſſe pœnam, neque niſi in ſervos vel viliſſimæ conditionis homines uſurpatam.

LIT. E.

Attingit initio lit. controverſiam ex *l. 5. §. 3. de extr. cogn.* Et ille quidem ſequitur Vulteium, (qui tamen audacter textum quoque emendare tentat) & alios citatos, qui dictum textum de libertate ex jure Quiritium interpretantur, quos etiam ſequitur *Scip Gent. 3. de juriſd. 8.* Verum cum iſta acceptio verbi, *libertatis*, conſtanti & perpetuo uſui juris repugnet, rectius ſentiunt, qui verba, *veluti cum aqua, &c. in d. §. 3* ita explicant, ut non ſpeciem aut exemplum ejus contineant, quod proxime de libertatis ademptione dictum erat, ſed ad regulam præmiſſam de magna capitis diminutione, quæ ſcilicet cum maximam & mediam complectatur contingit ubi libertas adimitur, vel civitas admittitur: quæ ſententia eſt *Ant. Fabri in jur. Papi. tit 6. pr. 1. illat. 3. in fin. Lyoklam. 1. memb. 22 Re. var. 3. vari. 8.* qui in eo tamen omnes falſi, quod iſtam explicationẽ ſibi arrogant, quã olim *add. l. 5. notavit Accurſ.* Et hæc explicatio magis perſpicua erit, ſi cum Alberico Gentilis in libris lectionum, diſſoluta particula, *veluti*, legamus, *vel uti*, quod tanto minus improbandum, quoniam pandectas Florentinas interpunctionibus carere conſtat. Cæterum *Zoanett. c. 17. reſtit.* plane textum corrumpit. *Muſc. num. 96. d. l. 5. §. 3.* ad libertatem diſcendendi quo velis, frigide refert.

Hujus generis bannum imperiale); Hoc genus pœnæ magis ad primum gradum referendum, argumento eſt formula ſententiæ à *Geil. 2. de pac. publ.*

publ.

tabl. 6. relata. Wir ſetzen jhn auß dem Frieden in den Unfrieden/vnd erlauben ſein Leib vnd Gut dem Klåger vnd jedermånniglich.

An etiam excommunicatio.) Sententiam negantem jure Canonico ait eſſe veriorem. Atqui in de jure civili nec ratio dubitandi eſſe poteſt: cæterum cum excommunicatio ſpiritualis quædam & animæ magis quam corporis pœna eſſe videatur, hoc ſenſu affirmativa ſententia defendi poſſit, quod ſicut deportatione ex civitate, ita excommunicatione ex Eccleſia caput eximitur: alias utique, quod excommunicatio tanquam Eccleſiaſtica & ſpiritualis pœna, civitatis jura tollat, vix quiſquam dixerit.

LIT. F.

Cum perpetuo carcere non recte conjungit triremes, niſi hos quoque intelligit perpetuos. Cæterum cum ſub iſtum gradum referat pœnas, quibus civitas amittitur, damnatio ad perpetuos carceres huc non pertinebit jure civili, ex quo ipſe tantum in ſervis, qui jus civitatis non habent, huic pœnæ facit locum. Et tamen verbo carceris proprie ſumto minus recte hoc dicitur, & *l. 10 Cod. de pœn.* de vinculis, quibus ſervus apud dominum conſtrictus tenetur, tractat.

Carceris enim uſus.) Minus bona hæc connexio, neque inde pœnæ huic inſertur tantum locum eſſe recte infertur. De re ipſa agitur *infra part. 2. diſp. 31. th. 4.* LIT. H.

Vt fuſtigatio.) Hæc non ſimplicem, ſed graviſſimam coercitionem, neque infamiam ſolam, ſed perpetuam præſcriptionem annexam habere ſolet: quo reſpectu ad ſecundum gradum referri poſſit. Neque mover, quod hic non licita tranſactio: quia idem in delictis & pœnis ſecundi gradus.

Eadem lit. relegationem ad tertium refert gradum, & Batt. & Alciat. ex hac ratione diſſentire ait, quod adulterium ſit crimen capitale, & ejus tamen pœna relatio. Verum injuriam facit inſignem utrique: nam & apud Bart. nihil tale, & Alciatus loc. ci. hoc ſcribit: olim de adulterio nō potuiſſe tranſigi, eo quod capitale non eſſet, mutata tamen pœna hoc manſiſſe, ut ne tranſigere liceret: *l. 18. C. de tranſact.* quod ſc. conſtitutiones correctoriæ ſtricte ſint accipiendæ: Et vero adeo fatua opinio nulli ICto in mētem venire potuit: & qui ex l. Iulia adulterii pœnam relegationem fuiſſe ſtatuunt, ex eadem l. capitale fuiſſe negant: ſicut ex ea quod poſtea adulteriū capitale factū eſt, relegationem ſublatam, & in capitalem pœnā mutatam, omnes admittunt.

THESIS IV.

LIT. C.

Nominatim facta conceſſione.) Videlicet propter rei gravitatem, in qua pœnitentiæ & emendationi erroris locus non eſt: & quod hanc partem juriſdictionis ipſe princeps vel populus ſibi reſervare ſolet: ex quo etiam eſt, quod imperium merum mandari non poteſt.

Et enumeratione.) Hoc non immerito negare videtur *Hott. 3. obſ. 12.* neque ejus rei ullum in jure noſtro veſtigium, neque ſolida affertur ratio vel a Treut. vel ab is quos ſequitur *Petr. Fabr. in l. 70 de reg. jur Pet, Fabr in l. 70 de R, I. A. Fabr. juriſp. Papi. tit. 11. pr. 4. Scip. Gent 3 de juriſ. 20. & 24. Cabot. 2. diſput. 5. Bocer. hic c. 5. num. 32. Cujac. in l. 6 §. ejus qui d. injuſt. teſt.* qui omnes hic negant valere argumentum, à majori vel minori. Cæterum Fulgoſ. teſte Muſcor. hic num. 103. hanc reddidit rationem, cur præſidi non ſit conceſſum hanc irrogare pœnam, quoniam hæc principaliter adimit jus civitatis Romanæ; eoque pertinere videtur, quod præſes magiſtratus populi Romani eſſe negatur *l. 12. in pr. de accuſat. l. 3 § 1. quod metus cauſa* de quo infr. p. 2. diſput. 31 th. 1. Sed obſtaquod etiam præfecto urbis Romæ jus deportandi primo datum à Severo *l. 1. §. 4 de legat. 3. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* & quod ex conſtitutione Antonini omnibus provincialibus datum ius civitatis: ſed & in provincijs ius ſpeciale erat civitatis, quod deportatione poterat adimi: cuius rei exemplum *in l. 1 C. de ſenten. paſſ ibi provincia tua, &c.* Dixerit quis forte pœnam deportationis eſſe ſingularem, qua quis ita includebatur inſulæ, ut nunquam inde excedere poſſet, cuius rei poteſtas non cuivis permittenda videbatur, cum etiam certæ tantum eſſent inſulæ, in quas rei deportari ſolebant, certo quodam modo & effectu, quod alias a relegatione in perpetuum non diverſa futura fuiſſet: deportatio: itaque non niſi ab eo, qui ſupremam in totum imperium poteſtatem habebat, vel cui poteſtas illa ſpecialiter conceſſa fuiſſet, hæc pœna potuit irrogari. Plane non obſtat *l. 6. § ult. de pœn.* vel quia ſub nomine generali præſidis etiam continetur pro conſul. atq. ſuſcriptionis, vel potius quod ibi enumerantur pœnæ, ſed quas irrogandi ius ſit penes præſidem, poſtea deciditur. Non etiam *l. 1. C. de ſent. paſſ* quæ de ſpeciali legato Cæſaris accipienda eſt, quod alias etiam præſidis legati Cæſaris ſint, *de quo Scip. Gent. 3 de juriſd. 28.*

Digitized by Google

Priuatus hoc imperium nunquam.] ex textibus allegatis iſtud non probatur, & ſuavis ſcilicet eſt ratio *Suer. rep. lect. c. 6.* quod populus Romanus qui magiſtratus, conſules, dictatores, cum maiori aut diuturniori imperio ferre non potuerit multo minus fuerit laturus privatum. Etenim & illos utique tulit, & quod aliquando eorum potentiam tanquam libertati periculoſam ſuſpectam habuerunt, exinde ad unam ſpeciem imperij ad ſingulares cauſas ſpecialiter conceſſam, non niſi inepta eſt conſequentia. Et ergo rectior eſt ſententia Cuiacij probata etiam *Cabotio 2. diſput. 5. Scip. Gent. 3. de iuriſd. 19 Bocer cap. 5 num. 16. Duar. 1. diſput. 53.* Et cum totum hoc pendeat à lege vel principe: nihil impediet, quo minus hoc concedatur privato: neque quod hic ad unam vel plures cauſas ſingulares imperium merum conceſſum habet protinus efficeretur magiſtratus: maxime cum Cuiacius de imperio mero non indefinite ad aliquod cauſarum genus, ſed ad ſingulas cauſas incidentes conceſſo loquatur, ſuamque ſententiam firmet *ex l. 1. § 1 ad l. Cornel. de ſiccar.* ad quam vitioſe reſpondit Treut. quod illeſrantum habuerit cognitionem. Plane ſi univerſitas cauſarum civilium mandari poteſt privato, ut non protinus ſit magiſtratus *l. ult. de offic. eius. l. 16. de iuriſd.* neque conceſſio licet imperij meri ad actum ſingularem faciet magiſtratum. Quid quod utique cauſæ imperij meri à principe poſſunt delegari: & delegati poſſe privato nemo dubitabit.

Non exequendi poteſtatem.] Hæc oppoſitio executionis & cognitionis vitioſa eſt, quia intermedia eſt pronuntiatio: verum eam ad exequendi ius referendum colligitur cum ex traditis ſupra *th. 1 lit. C.* tum inde quod ſtatim ſubijcit, cognitionem à mero imperio eſſe diverſum, quippe quæ mandari poſſit, *ex lib. 6. de offic. proc.* ubi conceſſo nudo iure audiendi, poteſtas condemnandi aut abſolvendi legato negatur. Et tamen errat Tr. dum ſimpliciter ius cognoſcendi mandari poſſe exiſtimat, ita ut hoc opponat ipſi imperio mero, quod extra caſus ſpecialiſſimos mandari nequit: quippe ita ſequetur, inſtar iuriſdictionis cognitionem ſuper criminibus mandari poſſe: quod falſum eſſe ex notatis *th. 5. lit. C.* & ex ipſa *l. 6. de off. proc.* probatur, licet etiam ſpeciale ſit in legato proconſulis, qui tanquam vicarius quidam adiungitur, cui etiam poſtea à Conſtantino ius audiendi criminales cauſas datum eſt. *in l unic. C. de off. proc.*

Lit. D.

Abſentia & infirmitatis.] Quia in hac eadem eſt ratio, ſi modo eiuſmodi infirmitas ſit, quæ impediat tractare criminalia: quam communem opinionem *Br. & Dd. in l. 1. de offic eius. Cyn. ibid. num. 17. Iaſ. ibid col. pen. & ſeq.* ſequuntur etiam *Obr. c. 5. n. 31. Boc. c. 6. n. 22. Longov. part. 3 cap. 4.* Et ſi in illo caſu differendum eſſet iudicium, quod male putat *Scip. Gent. lib. 3. cap. 28. Maſc. num 135.* etiam in caſu abſentiæ delegatio admittenda non eſſet. Cæterum recte idem ſtatuit eſſe generale *d. c. 28. & 25. cum Dd. vulgo in l. 1. de offic eius,* contra *Obr. & Boc. dd. loc.* qui hoc ad crimen violentiæ reſtringunt. Multitudo autem cauſarum inter cauſas iuſtas delegationis habenda non eſt, ut recte *Obr. c 5. n. 5. poſt Br. in lib. 1. de offic. eius. n 12. Bl. in l. 3 h. t. n 8.* idem omnes tenere, & *Iaſon. in d. l. 1. de offic. eius. in fin.* contra quam exiſtimat *Leng. d part 3. c. 4.* ubi inepte & abſurde in hanc ſententiam detorquet verba *l. 12. § 1. de iud. propter vim imperij.* Intelligenda autē eſt abſentia iuſta & neceſſaria, quod recte poſt Dd. notat *Henning. Gœd. conſ. 39. n. 15.* & omnes ita tenere teſtis eſt *Iaſ. in l. 1. de off. eius. in 5. not. col. 14.*

Mandare non potuerunt.] Hoc verum contra Bart. in quocunque imperij meri gradu. *Dec. in l. 70. de reg iur. in fin. Scip. Gent. lib. 3. cap. 28.*

Non cognitionem ſed executionem.] Siquidem ſolam executionem mandatam exiſtimat (quod convenit ſententiæ, qua ſupra in ſola poteſtate exequendi collocavit imperium merum) procul dubio errat: cæteroquin commode intelligi poteſt, illis verbis improbata eorum ſententia, qui ius exequendi ea delegatione contineri negant, ex quibus *gl. & Br in l. 1. de offic. eius n. 5. Cyn. ibid. nu 9. Caſtal. in lib 1. de offic. eius. &c.* qui tamen delegato ius pronuntiandi concedit.

Lit. E.

Hodie iure magiſtratus competere] Hoc ipſe quidem dubio carere ait, & aiunt pleríque alij. *Bocer. c. 6. de iuriſd. num. 28. & c. 8. nu. 106. Rosbach. in proc. tit. 2 nu. 33.* verum apud me non modo dubium, ſed falſum habetur. Ratio pro ſententia Treut. in univerſum duplex adduci poteſt, altera ex veteri ſeculo & iure, altera ex novo. Illa inde deſumitur, quod iam olim ſub principibus ſub nomine magiſtratus imperium merum concedebatur: quem princeps, ait *Cuiac. in l aliud fraus. 131. de V. S.* creat provinciæ præſidem, hoc ſolo nomine dat ei criminum executionem: *& ad*

Papin.

Digitized by Google

Papin. in l. 1 de offic. eius in fin. Hoc ipſo quod quis creatur magiſtratus, ius gladij habet: quod idem videtur ſentire *Suerin. rep. lect. 6.* Imp. merum competere iure magiſtratus, quia competat ſtatim, ubi v. c. quis proconſul factus eſt: quos ſequitur *Thom. Mich. th. 182.* Hæc collectio ſi recta eſt, iam olim ſub Sylla quia perpetuos prætores iusdicundo in cauſis criminalibus præfecit *l. 2. §. Capta. 32. de O. I.* iure magiſtratus imperij illud prætores eos habuiſſe fatendum erit: ſed & hoc, ineptum fuiſſe Papinianum, qui *in l. 1. de offic. eius*, diſertiſſimis verbis imperium merum ijs quę iure magiſtratus competunt, opponit: & tamen iam ipſius tempore, imo longe ante ipſum qui præfecti prætorio, urbi, proconſules, præſides creabantur, hoc ipſo imperium merum accipiebant. Et vero poſtquam ita magiſtratus illi conſtituti erant, ut illis imperium merum competeret, nihil intereſſe poterit, an princeps ſimpliciter præſidem crearet, an merum imperium ſe illi concedere adijceret: & alias nimis hæc futilis verborum fuerit captatio. Verum in hoc differentia repoſita eſt, quod ſub libera Rep. imperium merum non abſolute, ſed in ſingulis cauſis incidentibus ſpeciatim committi ſolebat: quod licet poſtea mutatum fuerit, inde tamen dicendum non eſt, imperium merum iure magiſtratus competere, eo videlicet ſenſu, quo phraſis iſta in iure noſtro uſurpatur. Et evolvenda igitur propter abuſionem Cuiacij phraſis illius homonymia. Scilicet generali plane ſignificatu dici quadantenus poteſt imperium merum iure magiſtratus competere: verum ex more & uſu iuris noſtri hoc dici non poteſt, neque unquam ita phraſi illa abutuntur ICti, verum ea tantum quæ ad civiles cauſas pertinēt, iure magiſtratus competere dicunt: quod nimirum inde ortum traxit, quod in quaque Republica magiſtratus qui de cauſis civilibus ius dicant, conſtitui neceſſe eſt, ſed merum imperium populus vel princeps ſibi reſervare & poteſt & ſolet. Sed & obſervandum in magnis tantum illis magiſtratibus ipſa creatione merum fuiſſe conceſſum imperium, qui cum ſuprema poteſtate integris præficiebantur provincijs, ex quibus abſurde & inepte in ſingulis cauſis expectata fuiſſet ſpecialis principis delegatio: quod & olim obtinuiſſe videtur in prætoribus, qui a populo electi & ſorte ducti in provincias bello ſubactas mittebātur. Porro etiamſi admittatur eo ſenſu iure magiſtratus competere imperium merum, inde tamen inepte infert *Cuiacius d. l. 131. de reg. iur. & in l. 1 de offic. eius. in fin & in l. 2. §. deinde cum ærarium. d. orig. iur.* nullum eſſe hodie imperium merum, ſed omne mixtum, quem etiam hoc nomine recte reprehendunt *Cabot. 2. diſp. 7. Scip Gent 3. cap. 20. & 25.* qui notant etiam ubi quis creatur proconſul, nihilominus dici poſſe, quod ſpecialiter lege concedatur, quod ſcilicet videatur repetita lex ab initio lata de imperio proconſulis: ut ita dici non poſſit de imperio mero, quod dicitur de iuriſdictione, competere eam iure proprio & more maiorum. Et hæc de prima ratione.

Altera ratio petitur ex moribus & imperio Germanico, quod ſcilicet omnes Principes, Comites, Barones imperium merum ſuo & proprio iure habere conſtat. Verum hæc ratio ex conulla & inepta eſt, quod principes vel comites, non ſimplices magiſtratus, ſed veri principes & domini terrarum, & qui in ſuis territorijs ſupremum ius, idque perpetuum & tranſmiſſibile, & ſimul proportione quadam regalia habent: quod ex ſe pluſquam evidens eſt, & notant paſſim Dd. principes non cum præſidibus, (cum quibus tamen male eos comparat *Boec. c. 8 n 8.* & *Henning. Goed. conſ. 19 n. 20. & 21.*) ſed ipſo imperatore compaſandos *Obrecht c. 4. num. 16. Weſemb. conſ. 27. nu. 28.* quod habeant dominium rationem rerum & ſubditorum: quod teneant locum Imperatoris in terris ſuis *Alexand conſil. 1. num 29. volum. 5.* quod habeant regalia *Modeſt Piſt volum. 1. conſil. 24 num. 1.* & alij citati a *Thom. Michael th. 45. & ſeqq.* quod ſint quaſi reges & qui omnia poſſint in ſuo territorio ſicut Impp. *Bald in l. fin. C. de teſtam milit in fin. Modeſt Piſt d. loc. & idem Bald. in l. donationes quas. C. de donatio. int. vir.* duces & Marchiones qui non ligantur legibus in ſuo territorio comparat Imperatori, quo pertinet quod ſcribit *Paul. de Caſtro p. 2. conſ. 34. num. 1.* principem citra conceſſionem ſpecialem legitimare poſſe authoritate Ducali; nimirum poſtquam ius temporarium præfecturarum abijt in αὐτοκρατορίαν, ut ait *Knichen de iur. territ. c. 1. nu 65.* & Imperator concedendo ditiones iure perpetuo, a ſe omne ius abdicaſſe intelligitur, ut ait *Rol. à Valle vol. 1. conſ 88. num. 28.* licet iam antiquitus proceres & principes Germani maiorum & quaſi propriam habuerint poteſtatem. Ex quo ſit ut ſuperveniente Imp. eorum iuriſdictio non ceſſet per not. *Coler. de proceſſ. execut. p. 2. c. 1. num. 160. & ſeq.* V. in hanc

ſen

ſententiam plures citatos infra *diſp 23. th 1. lit. c.* in quæſt. an ſanctiones principum Germaniæ habeant vim legis.

Et ita conſuetudine.] Vitioſa hæc collectio eſt, neque ex eo quod iure magiſtratus quid competit, conſuetudine acquiri recte infertur: quod exemplo iuriſdictionis ſimplicis apparet: verum ab imperij forma & iure acquirentium ratio petenda eſt, & inter eos qui ſimplices magiſtratus, & qui ſimul principes ſunt diſtingui oportet. Sed & confundit conſuetudinem cum præſcriptione. Et quæ iure magiſtratus non competunt præſcriptione acquiri nihil abſurdi eſt: & ex aduerſo, ex eo quod aliquid iure magiſtratus competat, ad eius præſcriptionem male infertur.

LIT. F.

Conceſſione omnimodæ iuriſdictionis.] Quæſtio hæc magna ex parte facti eſt, & ex circumſtantijs decidenda, *Duar. in l. 3. h. t.* præſertim perſonæ cui conceditur, quæ videlicet alias territorium & in eo perpetuum ius habeat: *Muſ. num. 25.* vbi prolixe *à num. 16.* hanc quæſtionem tractat. Quo caſu contra quam paulo poſt hac ead. lit. defendit Tr. dici poteſt. *Zaſ. in l. 3. n. t. num. 48. & alios relatos à Iaſ. in lib. 3. h. t. colum. 5.* iuriſdictione ſimpliciter conceſſa venire imperium merum: cæteroquin illi ſententiæ Tr. maxime ea ratione iuris ciuilis, non obſtat, quod appellatione generis veniant ſpecies: quia hoc procedit in genere proprio & uniuoco, lata autem illa iuriſdictionis acceptio docendi magis cauſa toleratur. Sed & fallit vbi diuerſa ratio ſpeciei, velut in mero imperio, quod ſpeciali indiget conceſſione. Sicut nec obſtat, quod beneficia principum lariſſime ſint explicanda: quia nec hoc uniuerſale eſt, & de eo ſtatuendum ex natura rei conceſſæ, & explicanda ſunt ſecundum LL. 1. & poſſint aliquando pro conditione obiecti eſſe reſtringenda, de quo etiā *Longov. p. 4. c. 1.* Illi inepte qui nec mixtum Imp. conceſſione iuriſdictionis tranſire putant. *Zaſ. in l. 3. h. t. num. 48.* Plane ſi de magiſtratu ſimpliciter agatur, vix conceſſione omnimodæ iuriſdictionis imperium merum conceſſum exiſtimarim.

Si caſtrum cum pertinentiis & iuriſdictione] Plus exiſtimem, etiamſi expreſſa mentio non facta ſit iuriſdictionis, hæc tamen cohæreat caſtro, eam qualis cohæret, tranſire in accipientem, maxime, ſi concedens uſus ſit verbo generali territorij, prouinciæ vel diſtractus: *Bl. in l. 3. h. t. num. 4. Iaſ. in l. 1. h. t. colum pen. Scip. Gent. lib. 3. cap. 23.* & prolixe *Menoch. 3. præſumpt. 97. & alleg. à Thom. Mich. concluſ. 169* Neque movet obiectio *Longov. p. 4. cap. 1. Boceri ca. 8. nu. 15. & c. 9. in pr.* quod iuriſdictio cohæreat perſonæ, non territorio, & hoc tantum circumſcribatur, quod & notat *Franc. de Clap. concl. 1.* quoniam non ita territorio, tanquam in quo exerceatur, dicitur cohærere, ſed alio modo tanquam in quo exerceatur, & cui ſecundum quod Dd. loquuntur, tanquam nebula flumini incubet: quatenus in territorio, ſunt pagi, oppida, in quibus habitantibus ius dici oportet: quo reſpectu iuriſdictionem poſſe dici annexam territorio, ipſe d. loco agnoſcit *Longov.* v. de iuriſdictione radicata in territorio prolixe *Knich. de iur. territ. c. 1* & eſſe eam qualitatem cohærentem territorio docet *Zaſ. in l. 1 h. t. n. 32.* intelligimus enim caſtrum in feudum & quidem perſonæ habili conceſſum. V. de hoc late *Andr. Knich. de iur. territ. c. 1 n. 221. & ſeq*

Quando vero cumulatiue.] Diſtinctio videtur expedita, an concedatur iuriſdictio, ita ut ſimul utile dominium trāſeat. verbi cauſa duci aut baroni, an vero nude exercenda tanquam magiſtratui committatur. Illo caſu privative per *not. à Menoch. citato. Coler. d. proceſſ. execut. p. 2. c. 1. num. 154. & ſeqq* hoc cumulatiue intelligitur conceſſa: niſi hoc caſu à principe qui abſolutus monarcha non eſt, ſimul ex conſenſu ſtatuum quaſi per modum contractus magiſtratus conſtituatur: ubi privative conceſſa defendi poteſt cum *Thom. Mich. theſ. 31.*

LIT. G

Indiſtincte mandari uſus docet.] Hoc notius eſſe, quam vt probatione indigeat, ait *Panorm. 1. d. iuriſd. 24. num. 22.* Infert hoc Treut. ſicut & *Cuiac. in l. 1. de offic. eius in fin.* ex regula, quæ eſt apud Treut. lit. e. imperium merum competere iure magiſtratus. Et ea quidem collectio ex iure ciuili recta eſt *per l. 1. in pr. de off. eius.* At vero ſi præſupponamus cum Treut. ex conſuetudine imperium merum iure magiſtratus competere, quia hoc correctorium eſt, & à ratione iuris abhorret, hanc conſequentiam non admittendam putaverim: cum potius, quæ ita recepta ſunt, ſtricte accipi & iuxta terminos ſuos coerceri debeant, ut liceat hic aliquid mutatum ſit, & merum Imp. competat ordinario iure, non tamen protinus mandari poſſit, quod & not. *Donel. 17 com. 8.* Sed examinanda hic utraque ratio, de qua dictum lit. e. Ex prima talis ſit collectio: imperium merum

Digitized by Google

tam conceditur ſub nomine proconſulis: ergo mandari poteſt. Iſta collectio refutatur ex ante oſtenſa fallacia homonimiæ, & falſam eſſe iure civili probat *d l. 1. de offic. eius, l. 6. de off. proc.* & quod nullum iure noſtro à præſide vel proconſule mandati imperii meri extat exemplum. Ex altera ita infertur: principes, comites, barones non ipſi cognoſcunt de cauſis criminalibus, ſed alios ſuper iis conſtituunt: ergo imperium merum mandari poteſt. Hæc quoque collectio corruit ex traditis lit. e. quod duces, comites, &c. non ſunt nudi magiſtratus, ſed principes & quaſi reges, in territorijs ſuis regalia habentes, & in his ius magiſtratuum in civilibus & criminalibus cauſis conſtituendorum; quos adeo cum conſtituũt falſo & inepte ad noſtram hanc quæſtionem imperium merum mandare dicuntur. Secundum quæ *recte Obrecht. hic. 6. in fin.* iudices inquit, criminales, qui conſtituuntur à principibus, non faciunt officium tanquam ex mandato, ſed iure ordinario, quia intelliguntur inſtituti à lege viva, quod ante eum rectiſſime, quidquid etiam videatur *Panorm. 1. de iuriſdict 24 inf.* notavit *Zaſ. in l. 3 h. t. num. 17. & Scip. Gent lib. 3. c. 29.* fruſtra afferri barones & principes, ubi de magiſtratibus quæritur: & *eod. lib. 23.* quod principes imperium merum non tanquam mandatum, ſed tanquam ſuum, & iure dominij obtineant. V. de hoc omnino *Andr. Knich. de territ. iuriſd. c. 4. num. 443. & ſeqq.* Ex quibus concludere licet, falſum eſſe, quod Treut. pro certiſſimo ponit *lit. e. & g.* imperium merum iure magiſtratus competere, & indiſtincte mandari poſſe. Et ut ad ſpeciem deſcendamus, ſtatuimus cum *Scip. Gent. d. cap. 19.* neque noſtris moribus imperium merum mandari.

Mandari uſus docet.] Lit. e. utitur verbo *hodie,* & tamen in allegatis ſubijcit etiam iure civili novo Codicis mandari imperium merum; & adeo moribus & uſui hoc non recte in th. acceptum refertur.

Tam iure civili novo.] Vitioſa probatio eſt *ex l. un. C. qui pro ſua iuriſdict.* quæ loquitur de delegato principis, à quo non recte infertur ad omnem qui imperium merum habet: ſiquidem & qui imperium merum mandari poſſe negant, delegatum tamen principis ad cauſam ſpecialem criminalem excipiunt, inter quos *Scip. Gent. libr. 3. c. 28 Longovall p. 4. c. 3.* poſt *Iaſ. in l. 5. C. de iud. colum. 5.* quo etiam inclinat *gl. in l. un. C. qui pro ſua iuriſdict.* & affirmant *Br. & Bl. ibid. Guid Pap. deciſ. 624. Bran. l. 1. de off. eius num. 10 Bl in rep l. 3. h. t. num. 5. Iaſ. late in utramq; partem in l. 1. de off. eius col. 17. cum 2. ſeq.* & Tr. ſibi non obſcure contradicit *th. 2. lit. c.* ubi ex hodierna tantum conſuetudine delegato deferri poſſe exiſtimat ius ſubdelegandi imperii meri. Et ergo cum à particulari male inferatur non probavit Tr. quod in th. erat, iure novo civili imperium poſſe mandari: quod adhuc minus probatur *ex l. 1 §. 1. C. de his qui latrones.* Cæterum quod ipſam rem attinet, nihil video, quamobrem hic in delegato principis exceptio ſit ſtatuenda, cum *l. un. C. qui pro ſua iuriſdict.* ad varietatem cauſarum civilium commodiſſime poſſit referri, & ita ad cauſas delegabiles natura ſua, ut recte *Cyn. in l. un. C. qui pro ſua iur. num. 8. & in l. 1. de off. eius num. 15.* eamque de iure veriorem ait *Salic. ibid. num. 7. in fin.* quos ſequitur *Obr c. 5. num. 25.* quippe cum militet grauitas rei: & nec poſſit magiſtratus cum mero imp. à lege vel principe conſtitutus, adde *Muſcorn. nu. 135. & ſeq* ubi pluribus rationes contrariæ ſententiæ, quam communem ait, refutat.

Quam iure canonico.] Hoc quidem affirmat *Gloſſ. in c. quod ſedem 10. de off. iud. ordin.* & videtur ſequi *Balsh. in auth. ſed novo iure C. de ſerv. fugit numer. 1.* (ubi tradit, quæ meri ſunt imperij iure canonico poſſe expediri per locum tenentes) quod & probant *Henning. Goed. conſ. 39. num. 14. Longovall. in repet l 3. h t p. 3. c. 4 Marant. p 4. diſtinct 5 numer. 62. Goſtal. in l. 1. de off. eius Bocer. c. 6. num. 26 Guid Pap. deciſ. 624. Rotbach. in proc. tit 2. num. 33. Iaſ. poſt multos in l. 1. de off eius colum. 8. in 7. limit. & in l. eod. co'um. 14. in fin.* Sed in contrarium vocat regula iuris communis, quæ dictat, imperium merum mandari non poſſe, à qua recedendum facile non eſt; & *cap. iuris C.* fortaſſe non deeſt quod reſpondeatur, per ea quæ tradunt *Menoch 1. de arb. 54. Fachin. 9. contr. 99. Scip. Gent. 3. c. 29. Fac. c. 3. de off. deleg. Muſc. num 132.* ubi ſpeciale eſſe ait in pœnis ſanguineis: *Covar. 3. var. reſol. 20* Et fortaſſis ſpeciale eſt in locum tenentibus, de quibus videndi *Marant. p. 4. diſt 5. Scip. Gent. lib 3. c. 3.* Porro lit. h. otioſa repetitio eſt eius, quod iam ſatis traditum lit. d.

THESIS VII.

Agitur hic de diuiſione iuriſdictionis: I. eſt in contentioſam & voluntariam. Huius non abſurde duæ ſpecies conſtitui videntur: quod alia nullam requirat cognitionem cauſæ nec decretum, quæ verſetur in adoptionibus, manumiſſionibus, & c. alia requirat, veluti quæ in cognitione

Digitized by Google

ſuper tranſactione de alimentis, alienatione prædiorum minoris, manumiſſione à minori facienda, datione tutoris. *Donell.17.comm.8. Scip. Gent.2.de iuriſd.*17. quia licet hæc non competant iure magiſtratus, & recte dicantur neque imperij neque iuriſdictionis *arg.l.6.§.1.de tutel.* attamen quatenus ut iam conceſſa ius dicenti conſiderantur *l.1.h.t.* non abſurde iuriſdictionis eſſe dicerent, *Donell.d.loc.* Niſi quis forte, quod præſertim etiam invitus tutor datur, poſteriora illa, (quæ Dd. male faciunt imperij m xti, & poſt eos *Duar.c.5.h.t.& in l.3.eod. Zaſ ibid.nu.*38. *Muſcorn. n.*271.) referat ad ſingularem quandam iuriſdictionem, cum *Suerin rep.lect.*6. quam ſpecialem communi oppoſitam appellat *Pauermeiſt.1 de iuriſd c.8 & 11 legalem Th.Mich.th.*140. *poſt Franc. de Clap.concl.*8. qui tamẽ inepte omnia magiſtratus municipalis facere nequit, ſub illam ſpeciem refert.

LIT. A.

Juriſdictio contentioſa recte dividitur in propriam & mandatam quarum illa recte etiam vocatur principalis *argum.l.6.h.t contra Bocer.hic cap.6.in princip.* Vulgo alia ordinaria dicitur, alia delegata, verbis non ſatis congruis ad rationem iuris noſtri, quo pedaneus ordinarius iudex, idemque delegatus dicitur. Quæ mandari poſſint quæ non, explicatur *in l.1. de off.eius.* In univerſum mandantur quæ iure magiſtratus competunt, id eſt iuriſdictio in cauſis civilibus, eique connexum imperium mixtum, eoque Dd. errant, qui cauſis imperij mixti & quæcunque decretum deſiderant, ſpecialiter conceſſa putant: & apertius *Gilott.* qui 2. *de iuriſd.cap.*7. poteſtatem exequendi in civilibus ſpecialiter à lege dari putat. Non mandantur quæ ſpecialiter dantur, cauſæ imperij meri, & alia quædam favore & perſonarum & cauſarum ſingulariter magiſtratibus etiam inferioribus commiſſa. Vbi iterum manifeſtus error *Giloti qui 1 de iuriſd.cap.*16.*& lib.cap.*7. etiam poteſtatem in criminalibus cognoſcendi & ſtatuendi recte mandari putat. Quod attinet legis actiones, quæ proprie iuriſdictionis voluntariæ, illæ magiſtratibus Romanis iure proprio competijſſe videntur, ſingulari tamen qualitate, ut non mandarentur: quo factum, ut ijs, quæ ſpeciatim concedebantur, annumerarentur, & ut alijs magiſtratibus competerent, lege & conceſſione ſpeciali opus eſſet, *argum.l.1 de off iuridici.l.21.de manum.vind.l.1.C.de adopt l.4.C.de vind.libert.*

LIT. B.

Vt lex conceſſione principis.] Intellige conceſſam univerſaliter & indefinite: cæterum ex principis conceſſione etiam mandata eſſe poteſt. Accommodat autem hoc ad Monarchiam, alias manca eſſet enumeratio.

Alias ex inveſtituris.] Hæc verba nimis reſtringunt iuriſdictionem propriam, (quam etiam habent ſimplices magiſtratus) ad iuriſdictionem in feudum conceſſam, & ita quaſi patrimonialem.

LIT. C.

Agit hic de iuriſdictionis præſcriptione, quod cum in genere proponat, non ſatis recte allegat diſſentientes de imperio mero. Ante omnia autem diſtinctione hic opus inter privatum, qui dubio procul non præſcribit iuriſdictionem, quæ nec in commercio nec in bonis cuiuſquam, ſed reipubl. eſt, & inter magiſtratum: & hunc vel ſimplicem, & eum, qui territorium & in eo ius perpetuum & tranſmiſsibile, & iuriſdictionem in dominio patrimonialemque habet. Quod ad illum attinet, nullus & hic præſcriptioni locus, niſi ratione officij, ut videlicet, ſi verbi cauſa præſides aut præfecti longo tempore uſi ſunt aliquo iure, hoc ipſi præfecturæ adquiſitum intelligatur. *arg.l.viros.8.C.de diverſ.off.lib* 12. quam tamen præſcriptionem re ipſa nullius aut exigui momenti fuiſſe apparet, neque impedijſſe, quominus princeps veteres imperij iuriſdictioniſque terminos reſtituere poſſet. Hic vero demum habile ſubiectum eſt præſcriptionis, ut recte *Iaſon.in l.3.h.t.colum.9.& 10.Muſcorn.hic.nu.*127. *Pauermeiſt.1.de iuriſd* 21. maxime ſi non de acquiſitione nova, ſed prolatione & extenſione quæratur: itemque ſi contra parem, non contra principem ſupremum præſcribendum ſit, & tandem ſi de iuriſdictione ſimplici non imperio quod ſpecialiter concedi ſolitum, tractatur: quæ tamen ratio in perſonis, alias merum imperium habentibus, non multum movet, maxime ſi cum Treut. iure magiſtratus competere defendas: de quibus, cæteriſque præſcriptionis requiſitis videndi autores allegati, *& Bald.in repet.leg.3.h.t.n.13.late Longov.p.4.c.1.& 3. Bocer.cap 8.n.59.& ſeqq.* & quæ infra *th.12.lit.b.* contra methodi rationem tractantur.

Quod in reſervatis.] Hæc à iuriſdictionalibus diverſa, non recte huc afferuntur: & cum ea ſint relicta in ſignum eminentiæ ſupremæ, vix eſt ut eorum præſcriptio locum habere poſsit, niſi in

eius-

Digitized by Google

eiuſmodi perſona, quæ & ipſa eorum iurium ſit capax, de quo ex ratione ſtatus & reipubl. iudicandum erit.

Iuri tamen veteri non incongrua] In hac quæſtione inter formas reipubl. diſtinguendum eſt, quarum diverſitas ipſum variat ius: ideoque dicendum potius erat, ſententiam negantem antiquæ Reipubl. Romanæ congruam fuiſſe: cæterum ex hodierno ſtatu nec congruere nec accommodari, & plane in eo non queat obtinere locum. Qua de cauſa non bene, quaſi mores noſtros improbans, ſubjicit, ſententiam eam uſu non ſervari: quoniam ex ratione Reipubl. noſtræ, nec ſervari quidam poſſit, ſcilicet in perſonis, de quibus ante diximus, etenim in privatis & ſimplicis magiſtratibus, ſententiæ neganti hodieque locus eſt.

Alia quæſtio eſt.] Ait, ius reclamare, ut quis tempore immemoriali principis ſui ſe eximere poſſit iuriſdictioni. Hæc ſane quæſtio non ex rationibus iuris noſtri, ſed politicis eſt decidenda: & recte *Scip. Gent. de iuriſdict. 22.* hac in re, inquit, parum faciunt rationes iuris civilis, fœdera, pactiones, & ius armorum præpollent. Sed duplex hic quæſtio eſt, an iuſta ſit exemptio, an iuſta eos qui ſe eximerunt ſub imperium revocatio. Qua in re nihil præciſe definiri poſſe videtur: quod & interſit, quomodo populi in ditione fuerint, an iure hæreditario, an ſpontanea ſubmiſſione, an violenta oppreſſione: itemque quomodo ſe ſubtraxerint: an ſolum tempus, an patientia quædam & remiſſio intervenerint: an princeps tyrannide ſua cauſam exemptioni præbuerit: an principe defendere eos non valente alteri ſe ſubmiſerint, vel etiam oppreſſi ab alio quodam principe aſſerti fuerint, quo iure Hiſpanorum principes, qui populos à iugo Maurorum liberaverint defendit *Covar. in ca. peccatum p. 2. §. 9. n. 9.* an de ipſis ſubditis ſe ſubtrahentibus, an principibus extraneis partem Imperij alieni avellentibus tractetur: & quæ id genus alia occurrere poſſunt. Plane ex iure gent. ſicut armis imperium quærere & dilatare, quo præcipue modo Romani orbem terrarum occupaverunt, ita viciſſim in libertatem ſe aſſerere, & alijs quoque principibus imperium proferre licet. Omnibus ſcilicet regnis ſuæ ſunt periodi, nulliſque datum eſt eſſe perpetuis: ipſe Deus transfert regna de gente in gentem: alia florent & propagantur, alia declinant & decreſcunt ex quibus æſtimare licet de ſententia *Treutleri & hic & ſupra diſput. 2. th. 5. lit. a.* cæteros reges de facto non cognoſcere imperatorem: *& Muſcorni hic numer. 127.* Reges Hiſpaniæ, Galliæ, Angliæ, non ita præſcripſiſſe libertatem, quo minus imperatori obedire, eumque recognoſcere teneantur: quod etiam ſcribit *Obrecht de iuriſd. cap. 4. nu. 24.* & prolixe hic ineptit *Zoanet. in diſput. de Roman. Imper. numer. 21. & ſeq.* & ſuavis *Bart. in l. hoſtes num. 7. de captiv.* hæreticum eſſe qui non credat Imperatorem eſſe dominum totius mundi, quod hiſtoria Evangelica decretum eſſe dicat ab Auguſto, ut totus orbis cenſeretur: idque, quod mireris, cultiores etiam tradunt, & ex his *Ioachimus Cluten in theſibus Baſileæ ſub tit. Sylloges rerum quotid.* pro gradu diſputatis Imperatorem etiam hodie omnium quatuor plagarum mundi dominum eſſe: quem tamen nec provinciarum Europæ, Galliæ, Hiſpaniæ, Britanniæ unquam conſtat habuiſſe imperium, & ita Turcam quoque ei ſubieceris, & principi Perſarum, qui olim Monarchiam tenuerunt authoritatem & imperium in provincias ab aliquot ſeculis amiſſas dederis: neque hac in re alio iure imperatorem noſtrum, & alios reges monarchaſque cenſendum eſſe ulla ſuadet ratio. Scio quidem ab aliquibus, ex quorum numero eſt *Pauermeiſter. 2. de Iuriſd. cap. 1. numer. 2. & ſeq.* duplicem aſſerri colorem, quod Imperator dicatur dominus orbis per Synecdochen & de iure: verum poſterius hoc iam refutatum eſt, & ut ſub Imperatoribus primis Romanis tropus ille tolerabilis ſit, ita hodie non ſynecdoche, ſed craſſa fuerit hyperbole.

Lit. D.

Quo caſu & mixtum imperium.] Otioſe repetit quod ſupra tractatum *th. 4. lit. C.* niſi quod hic non de eo quod primario, ſed quaſi ſecundario mandatur, agitur. Cæteroquin poſita vulgata mixti imperij definitione, quam non obſcure *Treut. d. th. 4.* ſequitur, nulla hæc connexio eſt: quod DD. communiter qui iuriſdictionis mandatum admittunt, mixtum imperium delegari negant. Quin etiam admiſſo, quæ mixti imperij ipſo Treut. authore ſunt, mandari poſſe, velut dare bonorum poſſeſſionem, mittere in poſſeſſionem, iubere caveri, &c. mandata tamen iuriſdictione in genere, ea tranſire non ſequitur: cui argumento eſt *l. 4. de offic. eius, & notat Duar. hic cap. 7.*

Lit. E.

Vel prorogatur.] Cum non entis nullæ ſint qua-

 lita-

Digitized by Google

litates, neceſſario id conſequitur, quod eleganter à Vulteio tradi ait Treut. in privato, nullum prorogationi eſſe locum: & in hoc omnes omnino nullo diſſentiente conueniunt. Fit autem prorogatio ex ſententia Dd. 1. de loco ad locum, videlicet intra fines territorij, vt notat *Panorm. 1. de iuriſd. 25. numer. 40. post Bald. in l. 2. de iudic. numer. 7. Salic. in l. 1. C. de iuriſd. numer. 5. Sichard. ibid. numer. 11.* quæ tamen non magni momenti & vix vera prorogatio, cum alias magiſtratus in omnibus locis territorij ſui habet iuriſdictionem. II. de tempore ad tempus ex *l. 2. de iudic.* Ille tamen locus loquitur de iudice pedaneo, qui favore partium intra certum tempus iudicare iuſſus eſt: quod ſi alias iuriſdictioni ipſi certum tempus præfixum ſit, fruſtra ea elapſo tempore finita, prorogari tentabitur, ut recte diſputat *Panorm. d. cap. 25 num. 40. post Sichard. in d. l. 1. C. de iuriſd. num. 9.* ſuperſunt igitur duæ prorogationis ſpecies, de perſona ad perſonam, de qua nulla controverſia *ex l. 1. de iudic. l. 18. h. t.* & de cauſa ad cauſam: quæ poſterior probatur ex *l. 28. ad municip. l. 74 §. 1 de iudic. d. l. 1. C. de iuriſdict.* modo cauſa eiuſdem ſit naturæ & formæ ut tradit *Sichard. in d. l. 1. nu* 8. non tantum (de quo conſtat,) generalis, v. c. ut ſit civilis, ſed etiam ſpecialis: quod alias difficile videtur, ut cui limitata & ad certas v. c. fideicommiſſarias cauſas adſtricta, iuriſdictio conceſſa eſt, extra eas cognoſcere poſsit. Neque placet diſtinctio, *Vult. in l. 1. C. de iuriſd. n.* 107. an perſona ſit ſubiecta nec ne? quia ubi de prorogatione cauſæ ad cauſam quæritur, conſideratio perſonæ nihil operatur, & ſi alias cauſæ ad cauſam iuſta eſſet prorogatio, eam, quod perſona ſubiecta non eſt, impedire non poſſet. Ex quo conſequitur paucis caſibus prorogationem iſtam de cauſa ad cauſam procedere poſſe, ut recte diſputat *Panorm. 1. de iuriſ. 25. n.* 39. Neque obſtat *l. 15. h. t.* quam rectius *Cuiacio in l. 18. h. t. tr.* 7. *ad Afr.* explicat gl. Quod ſcilicet in ſpecie *l. 18. h. t.* non prætor tutelaris pro fideicommiſſario, ſed urbanus pro peregrino aditus fuerit. Non etiam *l. 1. C. de iuriſd.* vel quia ſpecialiter ſtatutum in hac materia quæ iuris eſt ſtricti, non debet extendi: vel potius quia procuratoris Fiſci iuriſdictio generalis in omnibus civilib. cauſis, hac ſingulari qualitate quoad fiſcales cauſas limitata eſt. Obiter & illud attingamus, an in cauſis meri imperij prorogatio inueniat locum: quod ex ratione iuris defendi non poſſe exiſtimant *Vulteius, in l. 1. C. h. t. nu. 131. Boc. de iuriſd. c. 7. n.* 12. Sed contra poſſe affirmat *gloſſa in d. l. 1. C. h. t. Bart. in l. 1. de iud. num. 9.* eamque ſententiam communem dicit *Gail. lib. 1. de pac. pub. c. 10. n.* 10. quam veram puto quod prorogationem de perſona ad perſonam, de quo caſu etiam Dd. intelligunt, non de cauſa ad cauſam: quoniam extra cauſas commiſſas nullum plane intelligi poteſt imperium. Prorogare poſſunt omnes, præterquam quod iure canonico excepti ſunt Clerici, cuius tamen deciſionis rationes ineptas recte oſtendit *Cuiac. in l. 38. de pact.* & ſequitur *Bocer. hic. c. 7. n.* 34. quod nec alias miles poſſet renunciare privilegio fori; eaque in re ſuaviter nugatur *Ant Fab. in d. l. 38.* dum, quæ Dei ſunt, Deo tribuenda, & omnes Imperatores errasse dictitat, quod clericos in temporalibus iuriſdictioni ſuæ ſubeſſe exiſtimaverint. Et poterit igitur prorogare etiam Scholaris *quod & notat. Vult. in d. l. 1. C. de iuriſd. num.* 125. *& ſeqq.* & ratio *Tr. 1. th. 10. lit. a.* favore etiam Rectoris hoc privilegium datũ ſcholaribus, refellitur ex ipſa *auth. habita C. Ne fil. pro patr.*

An delegato.] Controuerſa hæc quæſtio eſt: affirmant *Bald. in l. 1. de iudic. num. 3 Zaſ. in l. ſi per errorem, h. t. num. 15. Boc. c. 6. num* 18. *Donel* 19. *comment.* 10. *Duar. cap. 2. de iudic. Pauermeiſt. lib. 1. cap. 25. nu.* 27. Negant. *Br. in l. 1. de iudic. num. 5. Cyn. in l. 1. C. h. t. in fin. Salic. ibid num. 11. Sich ibid. num.* 14. *Marant. part. 4 diſt 5 num. 35. Vult. in d. l. 1. C. h. t. n.* 81. eaque ſententia iure canonico non obſcure probata videtur *per capit. 32 circa fin.* & apertius per *capit. 40 de offic. & poteſt. iudic. deleg.* Res explicatur diſtinctione quam affert *Bald. in d. l. 1. de iudic in addit. ſub fin.* an ſit mandata univerſitas, an una tantum cauſa tum non hoc, ſed illo caſu recte prorogatio fiat, *per d. l. 1. de ind. in fin.* & quod nulla hic inter ordinarium, & delegatum reddi poſsit differentiæ ratio. Duas equidem affert *Salic. d. loc.* I. Quia iuriſdictio in perſona delegati ſit limitata à delegante. II. Quia aliæ perſonæ reſpectu delegationis ſint privatæ: quas rationes obſcuras ſatis explicatius proponit *Sichard. d. loc.* I. Quia delegata iuriſdictio ſit limitata ad certam perſonam. Atqui aut intelligit perſonas litigantes, & eſt delegatio ſpecialis: aut perſonam delegati, & inepta ratio eſt, quia aliter fieri delegatio non poteſt, neque hoc impedit prorogationem, licet ille porro ſubdelegare non poſsit: ſiquidem à negata facultate delegandi ad negandum ius prorogandi, nulla conſequentia eſt. Secundam rationem ita proponit Sichardus, quia cæteræ perſonæ in reſcri-

pto

pro delegationis non expreſſæ penitus ſunt privatæ. Atquin hic itidem aut intelliguntur perſonæ litigantes, & has utique privatas eſſe eo reſpectu oportet: aut delegati, & inepta ratio eſt, quia de eius tantum cuius in reſcripto mentio facta, & qui delegatus eſt, iuriſdictione prorogandâ diſputatur. Plane textus iuris Canon. fortaſſis non incommode ad caſum delegatæ iuriſdictionis ſpecialis referri poſſunt, in quibus terminis etiam Vulteius & alij negantes loquũtur: adeoque non recte indiſtincte Tr. delegatã iuriſdictionem prorogari poſſe affirmat, cũ præſertim moribus noſtris rariſſime ad univerſitatem, ſed frequentiſſime ad ſpeciales cauſas fieri ſoleant delegationes. Plura, quod parce nimis hanc rem attingit Treut. de prorogatione non adijcimus: ſed illud hic explicandum erat, quando prorogatio cum effectu facta dicatur, quo alieno loco infra *th. ult. lit. b.* contra methodi rationem proponit Tr.

Per ſolam alluvionem.) Pinguiori Minerva hoc proponit, quia non de iuriſdictione, ſed de territorio hoc quærendum eſt: idque ego per alluvionem augeri crediderim, quod eaque utique augeat agros. Eſt autem territorium univerſitas agrorum *l. 239. §. penul. de V. S.* & conſequenter hoc modo etiam iuriſdictionem extendi nõ abſurde affirmabitur. *Fac. argum. ex l. 2. Cod. de alluv.* quæ pro modo agrorum quos alluvio hinc auxit, hinc minuit, tributa præſtare probat. Et ſi ponamus à territorio unius magiſtratus cis flumen, alluvione aliquid detractum, & agro trans flumen adiectum partem eam ad territorium eius, qui trans flumen iuriſdictionem habet pertinere, & ſi verbi cauſa in ea delictum commiſſum ſit huius cognitionem eſſe debere, recte defenderur. Neque hic, (quæ ratio *Bl. eſt in rub. de rer. div.*) alluvio per ſe mutat ius publicum, ſed per accidens territorium augendo, quo circumſcribitur, hanc quoque extendit. Habet alias quæſtio hæc cum præcedenti tractatione nullam cognationem.

THESIS VIII.

LIT. A.

Neque ſuis.) Non ſatis bene ait, *Non poſſe*, cum ipſe diſtinctionem, inter poſſe, & *Debere*, non rejiciat. Et ICtus *in l. 10. h. t.* ait *Non debere* quod cũ poſſe argumento eſt, ita ut non dicat ius nulliter: niſi forte hic aliquid additum per *l. un. C. ne quis in ſua cauſa*, plus etenim videtur operari verbũ, *debere*, prolatum ab imperatore, quam à ICto. Cæterum diſtinctionem alteram, inter iudicem datum & magiſtratum magis probare videtur Tr. (ſiquidem priorem illam appellat divinatoriam *diſput. 12. th. 7. lit. f.*) *poſt allegatos hic, cum quibus ſentiunt Obrecht. hic c. 12. Anton. Fabr. in Iuriſprud. Papin. de iuſt. & iur. princip. 4. illat. 3. Bocer cap. 9. num. 8.* à qua non videtur aliena Od. diſtinctio inter iudicem ordinarium & delegatum. *Gloſſ. & Bart. in l. 10. h. t. numer. 4. Iaſ. ibid. inf. Zaſ. num. 2. Salic. in l. 1. C. ne quis in ſua cauſa num. 3.* vel quod delegatus recuſari, vel quod revocari poſſit: licet rectius Zaſius de eo iudice explicet *l. 77. de iud.* quem ultro quis confidens cauſæ ſuæ approbavit & elegit. Et ſi recte inſpicimus *d. l. 10. h. t.* non oppugnatur per *l. 77. de iud.* quod ut appatet *ex l. ſeq.* hoc dubium fuit, an propter ius poteſtatis, quæ eaſdem perſonas videri facit, iudiciũ ſit nullum: cæteroquin quin talis iudex recuſari poſſit, & niſi partes ultro illum approbent, ſe excuſare debeat, non diſputatur: & vero ſi magiſtratus ſit, magis eſt ut indiſtincte debeat, quod reverentia quadam aut metu ipſum approbaſſe videri poſſint. Et in eo ſolo differentia eſt, inter iudicem pedaneum & magiſtratum, quod ille minus hic magis ſuſpectus eſt: cæteroquin illa diſtinctio inter iudicare & ius dicere: minus videtur accurata, tum per *tit. C. ne quis in ſua cauſa*, tum quod etiam magiſtratus ipſi olim poterant iudicare. Plane nihil movet *l. 6. de arbitr.* quia ex compromiſſo adeuntur arbitri, & quaſi iudices publicam quoque perſonam ſuſtinere videntur. Adde infra *not. diſput. 12. theſ. 10. lit. f.*

LIT. B.

Neque ſupra iuriſdictionem ſuam) Hæc membra non ſatis bene coniunguntur: quia in illo iuriſdictionem utique in hoc plane nullam habet, & privatus eſt. Sed & verſ. ſeq. *ſed tam in &c.* non bene cohæret. Ex tribus competentia iudicis æſtimatur, loco, perſonis & cauſis, quæ ſi non ſpectant ad iuriſdictionem alicuius, perſonam ſubiectam eſſe, aut in eius territorio eſſe non ſufficit.

LIT. C. & D.

Modos ſortiendi fori ita proponit, perinde ac ſi omnium ead. ratio eſſet. At vero locus domicilij communis omnibus omnino actionibus, quod ex Dd. etiam tradit *Coler. d. proceſſ. execut. p. 2. c. 1. n. 29.* reliqui ſpeciales & proprij ſunt: & quod in ſpecie locum contractus attinet, tribuit ille forum, ſi quis ibi reperiatur. *Covarr. pr. quaeſt. 10. n. 3. Vult. in l. 2. h. t. Coler. d. proceſſ. execut. p. 2. c. 1. n. 44.*

Digitized by Google

n. 44. Sich. in l. 2. C. de iuriſd. num. 20. argum. l. 2. §. 4. l. 19. in pr. & §. 1. & l. 45. de iudic. c. 1. §. contrahentes de for. comp. in 6. & amplius hoc ita ſi pure inita ſit obligatio, ut ex *Dd. notat. Wurmſer. lib. 1. tit. 6. obſerv. 18. & 19.* Porro circa locum domicilij, & illud notandum, non tamen inſpici tempus movendæ actionis, quod male putat *Donell. 17. com. 12.* ſed etiam contractus, *per l. 2. C. h. t.* quod cum ſtatim ex contractu nata ſit actio, & tempore contractus creditori ius quæſitum in loco domicilij conveniendi debitorem, cum quo forte alias non contraxiſſet, ius ita quæſitum adimi creditori non debet. Et male *d. l. 2.* de loco contractus explicatur, male a *Cyn. Salic. & Sich. in ea L.* ad caſum quo quis in loco domicilij contraxit, reſtringitur: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilij, de quo ibi diſerte agitur; & locus contractus tribuit forum, etiamſi quis nunquam ibi habuerit domicilium. Et tamen hac in re, an ex ſimplici arbitrio, an ex alia cauſa ſuperveniente mutatio domicilij & fori contigerit, forte ſit diſtinguendum *arg. l. pen. h. t. 7. de iudic.*

LIT. E.

Ait initio, ei quod de loco contractus dixerat, cõgruere quod ſcriptum eſt *in l. exigere 65. de iud.* & in eius explicatione Dd. in plurimos errores eſſe lapſos. Verum errores illi nuſquam apparẽt, neque obſcurum quin aliquid ſpeciale *in d. l. 65. traditur*, quæ etiam *Donell.* ſententia eſt, *17. comm. 14.* & ſpeciale illud citra illam abſurditatem ita explicat Bartolus, ut hoc ipſum actum intelligatur, ut exigatur dos in loco domicilij mariti, perinde ac ſi ibi contractum fuiſſet. Et ſane nihil eſt ex quo colligatur, in loco domicilij dotem datam: quin & ſi proponas extra eum locum, non inſtrumentum ſaltem conſcriptum, ſed etiam re ipſa traditam dotem, eam ab uxore in eo loco ubi maritus domicilium habet exigendam eſſe defendam: quippe ei fini dos datur, & hoc propoſito, ut perpetuo apud maritum maneat. *l. 1. de iur. dot.* ut proinde ſoluto poſtmodum matrimonio actio ad repetendum naſci videatur. Alia quæſtio eſt, in quo loco maritus dotem ſibi promiſſam exigere debeat, de qua *in d. l. 65.* non tractatur.

LIT. F.

In quo reperiuntur.) Hic ſpecialis cauſarum criminalium locus, quod delicti commiſſio verbo generali obligationis contineri poteſt. Et hanc ſententiam recte defendit *Tr. poſt Cuiac. alleg. Donell. 17. comm. 16. Vult. in l. 1. C. ubi de crimin. nu. 40. contra Gloſſ. & Cyn. & Bart. Sich. in d. l. 1.* qui dictum textum ad vagabundum reſtringunt, aut in loco ubi reperitur reus, domicilium quoque habere præſupponunt, quam opinionem ſequitur & communem teſtatur *Salic. in d. l. 1. n. 3.* Verum ea communis error eſt, & explicatio illa vim infert textui, cuius non obſcura hæc ratio, quod reos criminum quamprimum ſupplicio ſubijci reip. intereſt.

Ad hunc ipſum iudicem remitti debere.) *l. 7. §. ult. de accuſat. ex rationibus l. 28. §. 15. de pœn. & alijs relatis à Donell. 17. cõm. 16. Covarr. pract. quaſt. 11. num. 3.* In univerſum autem remiſſiones iſtæ neceſſitatis ſunt ex iure civili, *d. N. 134.* & ubicunque ſupremus princeps omnibus magiſtratibus hanc legem dicit: cæteroquin honeſtatis ſunt, & urbanitatis *Theſſaur. deciſ. 90. num. 3.* perſpicua ratione, quod par in parem non habet imperium, & magiſtratibus alterius principis nulla eiuſmodi neceſſitas imponi poteſt: quo pertinet ꝙ de cõſuetudine nõ fieri remiſſiones multis authoritatibus probant. *Clar. §. fin. quaſt. 38. n. 20. Covarr. d. quaſt. 11. nu. 10.* quam conſuetudinem male accepiſſe videtur *Fachin. 9. contr. 25.* quaſi ex ea delicta manerent impunita: ſiquidem citra remiſſionem alius magiſtratus reum puniri poteſt & debet. Plane ſi ea perſona ſit, in quem magiſtratui nulla iuriſdictio, verbi cauſa clericus, ex officio fecerit, ſi eum alio mittat: quod etiam extra hunc caſum non difficulter à ſe impetrari patietur, cum remedio literarum reverſalium, quarum meminit Tr. in f. huius lit. nullum ipſi fiat præiudicium, & Reſpublicæ etiam diverſæ communi quodam vinculo contineantur. Quibus & prolixæ Dd. diſputationes, & a Tr. allegatæ diſſentiones, non magno negocio expediuntur. Et quæ ſubijcit *in verſ. qui diſtinguendo, &c.* non tam conciliationes quam limitationes ſunt: quarum duæ rectæ, *ſi de ictum ſit leve & ſi non petatur remiſſio*, quod notant *Bar. Sal. & alij in l. 1. C. ubi de crim.* tertia autem falſa *ſi civiliter agatur*: quia actio civilis ubi læſo competens, neque jus accuſandi alijs, neque ius inquirendi magiſtratui auferre poteſt: eoque iudex civiliter quidem hoc caſu reum condemnare, ſed nihil ominus eum petenti iudici remittere debet.

An autem remiſſioni locus erit iudicio cæpto? Affirmativa verior eſt contra *Fach. 9. controv. 21.* & convenit menti Dd. *qui in d. l. 1. C. ubi crimin.* ubi iudicij cæpti fit mentio, præſupponunt non factam fuiſſe remiſſionis petitionem. Neque

obſtat

obſtat, *l. 30. de iud.* vel quia pertinet ad partes qui amplius declinare forum & alio revocare non poſſunt, vel potius quia in criminalibus ius remiſſionum ſpeciali ratione & ſpeciali iure introductum eſt. Quid ſi ſententia iam lata ſit? Et adhuc remiſſioni locum eſſe cenſet *Donell. 17. com. 16. & videtur probare Teſſaur deciſſ. 90. num. 4.* contra ſententiam *Salic. in d. l. 1. C. ubi de crimin. Fachin. 9. controv. 21.* & aliorum ibi allegatorum, *vide etiam Covarr pract. q. 11. num. 6.* ubi in utramque partem rationem & authores adducit.

Faciendum non eſſe ſi delinquens capiatur in loco, &c.) Imo tanto magis facienda erit remiſſio, ſi iudex qui reum comprehendit de crimine non poſſit cognoſcere, & cui alias ſini fuerit ea capitura? Sed forte Tr. dicere voluit de reo in tali loco ſaltem reperto, ut hic videlicet capi & remitti à iudice incompetente non poſſit, quomodo etiam hæc ſententia proponitur à *Fachin. 9. controv. 21.* Verum Tr. parum hic memor fuiſſe videtur eius quod initio lit. defendit contra DD. ex ſolo loco, in quo quis reperitur, quem in criminalibus ſortiri forum. Et tamen etiam ſtante communi ſententia, quod iudex iſte competens non ſit, tamen propter publicam utilitatem ius capiendi & remittendi ei concedendum eſſe nō dubitaverim: & quod addit Treut. de iudice ſub diverſo principe non ad hunc propriè caſum, ſed ad communem ius remiſſionum pertinet.

Lit. G.

Circa actionem quæ ſuper proprietate vel poſſeſſione movetur, tres ſunt ſententiæ. I. *Cuiac in l. un. ubi de hered* eam in loco rei ſitæ moveri non poſſe, niſi ibi reus quoque inveniatur. II. à Treut. omiſſa in altero extremo, in loco rei ſitæ præciſe eam movendam eſſe, quæ eſt *Donell. 17. comm. 17.* quod conſequens videtur ſententiæ. *Ant. Fabr. 20. coniect. 9* non iam perſonam & poſſeſſorem quam ipſam rem hic conveniri intelligi, cui tamen aſſertioni parum convenienter *in fin. d. cap.* electionem permittit petitori, an in loco domicilij, an rei ſitæ experiri malit, quæ tertia eſt media, eademque communis & vera ſententia, pro qua facit, tum quod domicilium communis eſt omnium actionum inſtituendarum locus: tum textus (ad quem frigide & contorte reſpondet Don.) *in l. ult. C. ubi in rem actio,* cum præſertim forum rei in dubio ſignificet locum domicilij, eoque *in d. l. ult.* rei quoque ſitæ meminerunt Imper. ut ibi quoque tanquam in loco proprio & ſpeciali actionem eam moveri poſſe intelligeremus. Neque obſtat quod eluſoria videri poſſit ſententia de reſtituenda re alibi ſita: vel quia iudices mutuam invicem operam præſtare decet & oportet, vel potius, quia hæc extraordinaria iuris ratione via eſt, ut contra reum non reſtituentem iuretur in litem, non autem ille regulariter ad rem reſtituendam præciſe condemnetur. Porro mos ille vindicandi utrinque in re præſenti, antiquiſſimo iure obtinuit, eoque non probo, quod à *Vulteio in l. 1. C. ubi in rem actio nu. 11.* iſtuc refertur *l. 38. de iud.* ad quam rectius dicitur vel, quod ibi verbum debere non importet præciſam neceſſitatem, vel quod ſpeciale ſit in re legata, quod ſatis ſit, ſi hæres, à quo illa obligatio non cœpit, in eo loco ubi res eſt offerat ſolutionem, de qua etiam & ipſa præſtatione præcipue *in l. 38.* tractati videtur, idque movet *Hottom. lib. 3. obſerv. 7.* in locum verbi, *peti,* ſubſtitueret, *ſolvi.*

Lit. H.

Ratione cauſæ.) Non videtur *cauſa,* ſpecialis ſtatuendus modus ſortiendi fori, neque dubium eſt qui ſemper incurrat locus aliquis ex ante enumeratis, & iudicem ratione cauſæ competentem eſſe, ſemper præſupponendum eſt.

THESIS IX.

Quæſtio hic propoſita non merebatur th. ſpecialem, & tribus verbis th. præced. ſub lit. F. hoc adjici poterat, quod alias parum dubitationis habet, cum hic ceſſent rationes faciendæ remiſſionis, de quibus th. præc.

Nec obſtat quod actor.) Nullius momenti hæc obiectio eſt, ex qua ad remiſſionem faciendam nihil concluditur. Sed & male hoc ſimpliciter proponitur, quod contra rationem iuris *argum. l. 2. C. h. t.* ſingulari tantum caſu obtinet. Cui conſequenter ieiuna differentiæ ratio eſt inter actorem & reum, cum ordinario iure huius forum actor ſequi compellatur. Et tamen ratio illa in reo quoque, qui exceptionem ſuam probare tenetur, non raro invenit locum. Illud vero inconcinne dicitur, actori præcipi onus probandi: ſicut & illud non probandum, quod forum actoris explicat de loco contractus, cum hoc forum ſit rei potius, in quo regulariter contra eum ibi repertum, & omnimodo eo uſque, ut in bona immiſſio fiat, procedi poteſt.

Digitized by Google

THESIS X.

Lit. A.

Renunciare non poſſe.) Duæ ſcilicet huius privilegij partes cum ſint, ut ne extra forum ſuum extrahantur, & ut ipſæ alios extrahere poſſint, huic parti renuntiari poſſe non dubitaverim, quod ita utantur iure communi. Ratio duplex Tr. quod renuntiatio miſericordiæ adverſetur bonis moribus, & quod favori iudicis ſine eius conſenſu fieri nequeat, duplici de cauſa nulla eſt: & poſterior quidem, ubi nullum intereſſe iudicis verſatur, falſa videtur, & magis illud, quod pro ampliatione ait, ſine conſenſu iudicis prorogationem fieri non poſſe: in priori fallacia homonimiæ committitur: quia etiam ceſſante iſto privilegio non ob id miſeratio & miſericordia iſtis perſonis denegatur, quam alias ante conſtitutionem illam novam ijs denegatum fuiſſe ridicule fuerit dicendum. De ſtudioſo prorogante th. 7. lit. D. actum eſt.

Lit. E.

Quid autem ſi iudicium.) Ratio ſubiecta tantum convenit principi abſoluto; ideoque ad rationem ſtatus noſtri Germanici, cauſam coram principe aliquo cœptam, ad imperatorem evocari poſſe non conceſſerim. Quinimo cum principes Germaniæ Regum & Imperatorum vices in territorio ſuo fungantur, ſimpliciter non admiſerim, ſed privilegium iſtud ita hic accommodaverim, ut perſonæ illæ à iudicibus inferioribus, & ſimplicibus magiſtratibus, ad aulam principis, id eſt, ducis, comitis, &c. alios poſſint evocare, ipſi autem evocati non poſſint.

Etiam ex terris vaſallorum) In ijs quæ ſequuntur hæc notari poſſunt. I. Quod ius iſtud evocandi vel non, ſalva maieſtate & ſuperioritate principis, poſſit communicari: neque minus de regalibus eſt, ius ſupremæ apellationis, quod tamen inferiori à principe concedi poteſt. Et cõſequenter, II. Quod privilegium iſtud non ſit de eſſentiali conſtitutione principis. III. Quod proponit ad ſtatum imperij noſtri minime verum videri, & ex terris vaſallorum ita inveſtitorum, ut iuriſdictionalia & alia ſuperioritatis inſignia proprio & perpetuo iure teneãt, ius evocandi imperatori, præſertim in caſu cœpti iudicij, non ſit cõcedendum: quandoquidem conſtat cum eiuſmodi vaſallis concurrentem iuriſdictionẽ imperatori non eſſe. IV. inſubriliter rationem duci ab incommunicabilitate: quia ita diceretur communicari, ſi ad vaſallum aliquem, ex aliis locis evocatio fieri poſſet.

THESIS XI.

Non ſatis bene dicitur iuriſdictio producere iſtas actiones, quæ non niſi per extenſionem & interpretationem huc accommodantur: Et quidem non improbabiliter ad rationem iuris conſuetudinarii & in illis perſonis, quæ iuriſdictionem quaſi patrimonialem habent: cæteroquin ex ratione iuris eius, quo iuriſdictionis exercitium magis habent magiſtratus, actionibus iſtis locũ non relinqui verius eſt, in quibus terminis loqui videntur *Vaud. 2. q. 27. Cor. in l. 24. d. ſer. n. 2.*

THESIS XII.

Lit. A.

Non etiam mandantis.) Abutitur iſta voce, pro eo qui iure principis magiſtratum conſtituit, adeoque de ordinaria ſive propria iuriſdictione loquitur.

Lit. B.

Non utendo.) In ſolo non uſu hoc verum non videtur, ſed ſi ex altera parte accedat præſcriptio, quo caſu magis ad modos acquirendi pertinet.

Negligentiam breviſſimi) Intellige non finiri ipſo iure, ſed negligentem à ſuperiore privari: intellige etiam magiſtratum ſimplicem, non eũ qui iuriſdictionem habet cum territorio perpetuam: quibus terminis poſitis Baldus pro diſſ. allegatus minime contradicit. Et tamen de illis vix videtur loqui Tr. quod in magiſtratu ſimplici nulla ratio ſit dubitandi, ſed hic liberum ius revocandi princeps habeat: itaque hic magis contra Tr. ſtatuo.

Privative.) Rationem habet expeditam, quod præſcriptio ex una parte infert amiſſionem ex altera: & non niſi in ſuperiori & inferiori iuriſdictio cumulative concurrere poteſt. Ex quo videri poſſit, contra Imper. iuriſdictionem revera, id eſt, privative, non præſcribi, quia hic non iure magiſtratus, aut conceſſionis, ſed iure quodam maieſtatis univerſalem in toto imperio habet iuriſdictionem. Attamen cum Imperator concurrentem iuriſdictionem. V. C. cum principibus, non habeat, hos etiam contra illum privative iuriſdictionem & imperium, ſed fortaſſis difficilius præſcribere, recte defendetur cõtra Tr.

Niſi nominatim.) Exceptio hæc nulla eſt, quia non de regula, quæ tractat de præſcriptione.

Vel aliquos eximi.) Secunda hæc exceptio aut accipitur de patientia conſenſu declarata, & eadem erit cum priori: (& tamen imperatori

ratori qui præſertim ſuffragiis eligitur, in præjudicium Imperij quoſvis eximere pro libitu, fas non eſt (aut de tacita, & deſtruit prius illud, quo negavit contra imperatorem præſcribi poſſe: ſi quidem omnis præſcriptio præſumptâ habet patientiam eius contra quem præſcribitur.

Quia imperium merum hodie, &c Hic notandũ I. minus recte hoc reſtringi ad imperium merum, cum ex ratione Reip. Romanæ nec iuriſdictio ſimplex præſcribi potuerit II. Ratio illa, quod nihil aliud ſit quam iuriſdictio criminalis, non concludit, quia ut maxime merum imperium ſit & dicatur, ad rationem ſtatus noſtri, verbi cauſa à ducibus comitibus poterit præſcribi: ſicut ex adverſo, etiamſi merum imperium in veteri Republ. Romana iure magiſtratus competiiſſe proponas, non tanto magis præſcriptioni locus fuerit. quod tamen non Romanæ proprium, ſed commune omni Reip. eſt, in qua princeps unus plenam, reliqui omnes temporalem, & à principe abſolute dependentem habent poteſtatem.

LIT. C. & ſeqq.

Quod lit. C. de aſperitate proponitur, eam fere limitationem deſiderat, quæ adiecta eſt ad L. B. in pr. Lit. D. parum apte dicitur finiri iuriſdictio lite finita. quia non hæc vel illa lis, ſed in univerſum controverſa negotia obiectum ſunt iuriſdictionis. Et ex ratione iuris iudicis pedanei, qui nullam habent iuriſdictionem cognoſcendi ius, finita lite expirat: quod tamen ad delegatum ſpecialem quodammodo accommodari poteſt. Parum etiam concinne lit. E iuriſdictio finiri dicitur recuſatione: qua de re, & an iudex recuſari poſſit, agitur infr. diſputat. *12* th. *11*: & de quæſtione lit. F diſputat th *9. lit* E.

LIT. G.

Revocato mandato] Hoc generaliter accipio, ut etiam liceat poſt litem conteſtatam, quia ipſi mandanti res nunquam deſinit eſſe integra, nec quicquam habent aut mandatarius, aut partes quod prætendant: eamque ſententiam pro certa tradunt. *Iaſ. in l. 1. § qui mandatam. de offic eius. Zaſ in l. 5 h. t. nu 57.* & errores convincunt *Boerum hic cap. 6. num. 51.*

LIT. H.

Male initio dicitur, prorogatam iuriſdictionem finiri pœnitentia quia cum ante aditionẽ nulla ſit prorogatio, *l. 18. h. t.* non entis nullæ poſſunt eſſe qualitates. Porro in prorogatione opus eſt conſenſu & iudicis, id eſt, ut hic non contradicat *Salic. & Sich. in l. 1. C. h. t. n. 5* & partium, qui declaratur vel verbis vel facto, ex quo prorogatio iuriſdictio adeundo, hoc uſque ad litem conteſtatam procedendo. Illud probatur *à Vulteio in l. 1. C h. t. num. er. 152. & alijs ibi allegatis. Pauermeiſt. 1. de Iuriſdict. 25. & firmatur per l. 15. & l. 18. h. t. l. 7. de iudic.* ubi ſimpliciter fit mentio aditionis. quæ citra violationem de litis cõteſt. explicari non poteſt. Neque vero prætor, poſtquam partes ſuas interponere cœpit, eludi, aut deſultoria illa variatio & levitas prorogantis, ferri debet: facit quod ſi aliter ſtatueremus, expreſſa prorogatio à tacita nihil differret. Errat igitur. Tr. dum, hoc loco ius pœnitendi permittit uſque ad litem conteſtatam, licet Dd autores ſequatur *Bald in l. 5. in fin. & in l. 18. in pr. h. t. & in l. 1. de iudic num. 2. Salic. in l. pen C. de pact n. 3. Cyn. in l 1. C. h. t. n. 3 Zaſ in l. 18. h. t. num. 4, Cui, ib. tr. 7. ad Afr.* eumque communem eſſe intellectum *ad l. 18 ait Iaſ. ibid in pr.* Pro qua ſententia affertur I. quod re integra liceat pœnitere, & ergo uſq. ad litem conteſtatam arg. *l. 23 de iudic.* II. *textus in l. 22. § 5 ſolut. matrim.* ubi traditur conſenſum filiæ non præiudicare, niſi tempore litis conteſtatæ interpoſitum. III, *Textus in l. 4. C. h. t* quod exceptio incompetentiæ lite demum conteſtata excludatur. IV. Quod ſola aditio non videatur fundare iuriſdictionem iudicis, ut contra non parentem tanquam contumacem procedere poſſit. Reſp. I. quod ad hunc effectum rem ſecundum textus iuris poſt aditionem amplius integram non eſſe, & cum aliqua ſint, quæ litis conteſtatione non indigent, velut quæ decreto prætoris expediuntur, nec poſſit ſemper litis conteſtatio requiri: & litis conteſtatio non eſt actus iudicis & partis. ut per eum demum debeat dici agnitus iudex, (agnitio autem iudicis inducit prorogationem) ſed actus partium inter ſe, per quam inducitur quædam novatio, & facultas faciendi ea, quæ antea fieri ius erat, verbi cauſa, offerre & purgare moram, &c. excluditur. Ad alterum nihil aliud habet quod reſpondeat *Vult d loco, num.* 154. quam id ita expreſſe ſtatutum eſſe. Sed dicam, ſi argumentum concludere debeat, ponendum eſſe, quod filia antea conſenſerit in iure ut recta comparatio ſit cum aditione: vel potius reſpondebo à diverſis nihil concludi, neque ſi ut filia amittat actionem quæ ipſi cum patre communis eſt, opus eſt, litem eſſe conteſtatam: ergo etiam neceſſaria erit litis conteſtatio, ut prorogato iudicis facta dicatur, & ratio deciſionis in *d. §. 5.* non obſcura hæc

Digitized by Google

eſt, quod per conſenſum filiæ fit quædam actionis ceſſio, & jus ceſſionatij non fimatur in ipſius perſona, quo minus cedens prævertere poſſit, niſi per litis conteſtationem *l. 3. C de novation.* quoniam eo facto quaſi contrahitur, & quædam fit novatio: quæ ad prorogationem nullo modo accommodari poſſunt. Tertium removetur per diſtinctionem inter prorogationem expreſſam & tacitam. Quarta ratio ideo nulla eſt, quod prorogandi facultas lege recepta & firmata eſt: & alias nec litem quidem conteſtatam eſſe ſufficerit, ut porro procedi, ſententia ferri & executioni mandari poſſit: & haud dubie prorogationi in magiſtratibus qui ſub uno principe ſunt non ſub plane diverſis, locus eſt, quod recte notat *Salic. in l. 1. C h. t nu. 5* Hæc de prorogatione expreſſa. Tacitam non fieri per cautionem præſtitam de iudicio ſiſtendo, notat *Zaſ. in l ſi pupillus 33. de bonis authoritat iudic numer. 5 poſt Bart. in l quidam. 57 in fin. de re iudic. Marant. par. 4 diſtinct 12. numer. 5. Ferrar. in forma declin. iud. verbo, nec fuiſſe iudicis in pr.* ſed tamen eam fieri per oppoſitionem exceptionum dilatoriarum *Bart. in l 18. h. t. n. 3 Iaſ. ibid. d colum 6. & Zaſ. nu. 29. Sal. in l. 1. C. h t. n. 4. & Sichard ibid. n. 7.* de quo etiam *infra diſp. 12. th. 10. lit. C. & D.* Sed verius eſt litis conteſtationem requiri per textum expreſſum *in l. 4. C. h. t.* per quem hoc recte defendit *Pauermeiſt. l. 1. c. 25. n 17* Ex his efficitur, in caſu prorogationis tacite locum eſſe pœnitentiæ uſque ad litem conteſtatam, in caſu expreſſæ, uſque ad aditionem *per l. 18. h t.* Cuius rei ſolida & certa ratio eſt, quod nuda conventio partium: non poteſt fundare iuriſdictionem iudicis, in perſonam alias non ſubjectam: adeoque ſecus eſt in iudice, qui alias competens privilegio ſaltem quodam poterat declinari, quod exceptio privilegij elidatur replicatione pacti: quæ expedita ratio eſt conciliandi *l 18 h. t. cum l. penul. C. de pact.* tradita etiam *à Gloſſ & Bartol in l 18. n. 1. h. t. Iaſ. ib in pr. & col. 7. Zaſ ibid. num. 21 Sal. in l. pen C. de pact. num. 3. Vult. in l. 1. C. h t. n 149.* Neque mover, quod Juſtin *in d l pen.* aliquid novi conſtituiſſe videatur: quia fortaſſis verum eſt, ante ipſum neque in ſpecie ibi propoſitam pactum iſtas vires habuiſſe, quod renunciare privilegio iure publico conceſſo, & quaſi iuriſdictionem fundare terminos objecti pactorum excedere videatur. Ex his ita deductis ſequitur falſam eſſe ſententiam. I. *Cyn. in l. 1. C. h. t n. 4* qui in caſu *l pen. C. de pact.* pactum adjectum hoc tantum operari exiſtimat, ut agatur ad intereſſe: hoc enim & verbis ſententiæ Juſtin, *in d. l pen.* repugnat. II. *Donell. 17. comm. 10. Paurm. 1. de iuriſ. 25. n. 16.* ſolam ſtipulationem vel pactum in continenti adjectum ſufficere ut iudicis etiam non ſui iuriſdictio prorogatur: quia non magis ſtipulatio quã pactum nudum iuriſdictionem fundare poteſt. III. *Coraſ. 4. miſc. 5.* qui nudam etiam pactionem ſufficere exiſtimat, *& l. 18. h. t.* de diſſenſu utriuſque litigantium ab ſui de explicat. Et recte Dd. pactum nudum efficaciæ nullius, ſed veſtitum ad actionem, ad intereſſe proficere ſtatuunt. *Bart. in d. l. 18. num. 4. Sal in l. pen. C. de pact. num. 3. Iaſ in d l. 18. col. 5. Zaſ. ibid. nu. 7. 10. & 12.* ubi hoc communiter Dd. tenere affirmat, quos etiam ſequitur *Vult. in l. 1. C. h. t. num. 144.* IV. *Treut. hic lit. I.* juramento interpoſito locum non eſſe pœnitentiæ: licet præter allegatos, hoc etiam adſtruat *Iaſon in § item ſi quis 11. Inſt d. action. n. 13. & latius in l. 18. h. t. col 1. & ſeq.* eamque opinionem ſequitur, & communem teſtatur *Zaſ. ibid. num. 19* Etenim prorogatio fit per aditionem, quam non poteſt operari juramentum, neque hoc magis quam ſtipulatio incompetentis judicis iuriſdictionem fundare poteſt: & requiritur hic actus aliquis inter iudicem & partem, qui iuramento ſuppleri non poteſt. Eoque hanc ſententiam iure quoque Canon. dixerim eſſe veram, licet hoc propter periurium Ecclefiaſtica pœna imponi poſſit. Denique ſequitur, nec veram eſſe ſententiam eorum, qui renunciatione pœnitendi facultatem exiſtimant excludi, quæ ſententia eſt *Zaſ. in l. 18. h. t. num. 31. poſt Iaſon. ibid. col. 4.*

DISPUTATIO IV.

DE IN JUS VOCANDO.

Reſpondente

HENRICO à Qualen Eq. Holſato.

THESIS I.

LIT. A.

NOn *niſi quodammodo* Aut in ſpecie hæ voces ſumuntur, & plane non in iudicio fieri dicitur: aut in genere, & recte dicitur: cum & ipſe Tr. *in fin. h th* duo iudicia, in unaquaque cauſa agnoſcat, & magiſtratum quoque judicem appellari, iam multi quam plurimis

& iuris

Digitized by Google

& iuris noſtri, & autorum locis demonſtraverint.

Lit. B.

Duo hic quæruntur. I. An quis appellato prætore in ius alium vocare potuerit. II. an potuerit cum adhibita vi, & iniecta manu. Utrumque cū *Duaren. Vult. Perrenotto 1. anim. c. 9.* & alijs affirmat Tr. cui in priori, quod & alias ſane ſpeciali petitione veniæ in quibuſdam perſonis non fuiſſet opus, adſentior, ut tamen exiſtimem frequenter hoc a prætore, præſertim ubi dubia eſſet iuriſdictio, petitum fuiſſe *argum l. 5 de iudic. & l. 2. ſi quis in ius voc.* De poſteriori ita ſtatuo raptionem iſtam, tantum in perſonis vilibus, aut alias latitantibus, tergiverſantibus, & vadimonium deſerentibus, exercitam fuiſſe. Cæterum ut in quoſcunque non ſtatim ſequentes ea uti licuerit nemo perſuaſerit: non hercle perſuadent rationes, quibus Vult. & cæteri hoc adſtruere conantur: quarum prima eſt, quod alias adeo ſolicita veniæ impetratione in perſonis quibuſdam non fuiſſet opus Reſp. ſola dictione diei ſatis læſam reverentiam: neque quiſquam magiſtratus propitiis auribus audiat filium deſiderantem, ut patrem obtorto collo ſibi liceat rapere: neque prætor in ullum caſum aut eventum hoc permittat, ſalvis moribus & legibus Romanis, quibus ſummum ius paterni in filium erat. Altera eſt *ex l. plerique 18. de in ius voc.* ubi dicitur, neminem de domo ſua in ius vocari debere. Reſp utique ICtus non dicit, quod nemo de domo ſua extrahi debeat, quæ ſane inter ſe diverſa ſunt: & extrema legis verba, vim inferre videri iſtam Vult. explicationem reſpuunt, quod raptio illa in ius nimis quam manifeſta vis eſt. Et certa hæc ICti ſententia eſt, quam ſuppeditat *l. ſeq.* eum qui latitat in ædibus ſuis, inveſtigari, ad effectū ut in iure ſe ſiſtat, non debere, ſed conſuetis remedijs iuris, verbi cauſa miſſione in poſſeſſionē contra ipſum utendum eſſe. Evincit hoc oppoſitio eius, qui ſe ex ædibus præbet conſpiciendū, aut ad ſe præſtat aditum: hic, quia pro latitante haberi non poteſt, recte ex ſententia ICti in ius vocatur: quod utique de violenta raptione non niſi abſurde explicetur. Illud vero omnino leve eſt, quod *ex l. 5. §. 1. qui ſatisd. cog.* à Tr. adducitur, ibi, *non qualibet iniuria eſt*, quoniam violentam rationem ita non appellaret ICtus, & citra raptionem, qui alicui etiam fideiuſſorem offerenti, fidem non habet, ſed porro urget, iniuriam facit nonminus ac ille, qui ſaltem non debitorem pro debitore appellat *l. 15. §. ſi quis. 33. de iniur.*

Lit. C

Actionis editio neceſſaria.] Conſiderata ratione vera procedendi, editio prior eſſe videtur, quippe ad eum finem ut ſciatur, an cedere quis, an contendere velit, cuius gratia in ius itur, non vero ea tantum, ut petatur dilatio: quam cum procul dubio prætor ſit conceſſurus, eo intuitu præcedēs vocatio & editio quaſi ſit ſine effectu. Et tamen hoc non neceſſitatis ſed arbitrij fuiſſe videtur, qua de re *v. Cyn. Salicet & alios Dd. in auth. offeratur. C de lit. cont.* attamen utcunque à parte fiat rudis editio conceſſio tamen dilationis incipere demum videtur poſtquam ad iudicem perventum eſt per *d. auth. auferatur.*

Lit. D.

Non domi vel in itinere.] Aſſertio hæc emendat textum *in l. 4. de interrog. Hottom.* cuius hæc unica ratio, quod interrogationes non poſſunt fieri niſi pro tribunali: quæ corruit ex traditis à *Revard. cap. 7 pro trib.* ubi multis comprobat, etiam quæ ſella poſita apud prætorem expediebantur, in iure fieri dicta fuiſſe nec mirum, ſiquidem etiam Tribuni, quæſtores, ius dicebant, qui tamen atteſtante *Aſconio comm. in divinat.* non in tribunalibus ſed in ſubſellijs conſidebant. Et cū quotidie multa & varia occurrerent, quæ prætorem deſiderabant, abſurdum fuerit neceſſitatem ſemper prodeundi in publicum, & tribunal adſcendendi imponere prætori. Quin potius dicemus locum Juris alium fuiſſe ordinarium & ſtatum, alium momentaneum, & qui nō diutius nomen iſtud haberet quam ſellæ poſitæ Intis dicundi cauſa prætor inſideat. Et nimirum de priori illo loco ſtato accipienda eſt *l. 11. de iuſt. & iur.* quamvis etiam nihil contra dignitatem ſuam faciat prætor, dum exigente id quaſi ipſa neceſſitate poſita ſella ius dicit.

Confeſſus habetur pro iudicato.] Collectio hæc eſt ſi iudicatio tantum fit in iure: ergo etiam confeſſio: quia confeſſus pro iudicato eſt. Ea vero multis vitiis laborat: & I. nihil contra *Cuiac & Rav* concludit, qui non hoc, interrogationes extra locum iuris fieri, ſed etiam quæ ſella poſita prætor expedit, in iure fieri adfirmant. II. confunditur confeſſio cum reſponſione, quæ different, ut ſpecies & genus. III. Confunditur confeſſus ſuper principali cum confeſſo ſuper aliquo capitulo, ad fundandam alicuius intentionem pertinente, (qui minime pro iudicato habetur) quæ eſt materia *tit. 1. libr. XI. D.* cum de illo agatur *libr. 42.* IV. confundit

Digitized by Google

iudicatum eſſe & pro iudicato haberi: ut proinde poſito etiam, omnes iudicationes in iure fieri, non tamen omnia ex quibus quis pro iudicato haberetur, ibidem neceſſario fieri, conſequatur. Sed illud, V. omnino falſum, omne iudicatum fieri in iure, cum potius ordinatio fieret à iudice pedaneo, apud quem quæ fiebant, in iure fieri non dicebantur: neque dubium eſt, quin regula illa, qua confeſſus pro iudicato eſſe dicitur, etiam iudicatum & vel maxime comprehendat, qui à judice pedaneo condemnatus eſt.

Qui putat etiam iud. pedaneum potuiſſe cognoſcere] Obſcurius eſt, quod hic imputat Cuiacio: quidem jud. pedaneum potuiſſe cognoſcere certo certius eſt: verum eum in iure interrogare nõ potuiſſe etiam certum eſt. Sed ſc. Tr. non cœpit Cuiacium, cuius hæc ſententia eſt, quod magiſtratus aliquando ius dicat de plano, ut iudex pedaneus, id eſt, ad inſtar iudicis pedanei. Nec obſtat *l. 4. C de dilat.* vel quia concedendarũ dilationũ alia ratio eſt, vel potius, quia ibi non de prætore in ſella conſidente, ſed procedente tractatur. Sed ut hic, velut exceſſus de confeſsis, te non ſatis liquida, ſubiungatur: vulgo hac de re traditæ regulæ: in confeſſum nullas eſſe partes iudicis niſi ut condemnet: confeſſum pro iudicato haberi: etiam falſo confeſſum condemnãdum eſſe *l. 1. 3. & 7. de confeſſ.* ſeſe mutuo collidere & evertere videntur, adeo ut *Zaſ. in l. 6. § ult. d. t.* ſe in ſalebra hærere, neque nodum expedire poſſe fateatur. Sed nimirum aut confitetur quis apud iud. pedaneum, ſive in iudicio poſt lit. cõteſtatam: aut apud magiſtratũ in jure ante litem conteſtatam, illo caſu condemnatio ſequitur: hoc nulla ſequitur, & confeſſus pro iudicato eſt, & parata executio, per actionem ſpecialem ex confeſſo, in qua ad inſtar actionis iudicati *l. 56. de re iudic.* non hoc an debeatur, ſed an reus confeſſus ſit quæritur, eoque, licet falſam confeſſionem fuiſſe probare velit, condemnatio ſequitur ex actione de confeſſo: quæ probantur *l. 3. 5. § ult. & l. 7. de confeſſ.*

LIT. E.

Sortito donec is eveniret] Ait hoc probari à Vulteio, ex Aſconio Pædiano, cuius locum, ut de re ipſa conſtare poſſe ſubjicimus. Eſt ille ex *comm. in libr. 2. Cic. in Verr.* ad verba, *Libelli nominum veſtrorum.* Moris erat, inquit, celebrata iudicum reiectione, & haberi in officio prætoris, & in arca reponi nomina iudicum ſelectorum. Reiectio autem idcirco dicitur, quia cum multi iudices in conſilio cum prætore ſuo indicaturi eſſent, qui quæſitor fuiſſet in publica cauſa, verbi gratia, repetundarum, ambitus, majeſtatis, neceſſe fuerat eos primum de decuria Senatoria conſcribi, cum Senatus iudicaret, deinde in urnam ſortito mitti, ut de pluribus neceſſarius numerus confici poſſet: tertio id eſt, poſt urnam, permitti accuſatori & reo, ut ex illo numero rejiciant, quos putaverint ſibi aut iniquos, aut ex aliqua re incommodos fore. Reiectione celebrata, in eorum locum qui reiecti fuerant, ſubſortiebatur prætor alios, quibus ille iudicum legitimus numerus compleretur. Ex his curvis apparet quod hic de iudiciis & iudicibus privatis pedaneis proponit Tr. ex Aſcon. Pædiano minime probari. Et ſane laxa illa libertas recuſandi pedaneum iudicem, tum ex eo: quod frequenter parentes ad eundem iudicem mitti ſolebant, tum præcipue ex *l. un. apud eum à quo app. compell* refutatur, idque ſcilicet in privatis: etenim publicis propter cauſæ gravitatem & periculum amplius reo indulgendum fuit.

Vnde appares.] Præſupponit hæc illatio, quod ipſum in controverſia, in numero & ordine eorum, ex quibus ſortito iudices duci ſolebant, fuiſſe cœcos, ſed de hoc agitur inſr. diſp. 12.

LIT. F.

Non niſi magiſtratus iuſſu] Nihil abſurdi videtur, ſi etiam, & hoc tamen ex autoritate prætoris, iudicem pedaneum ius citandi habuiſſe ſtatuamus: quod & firmatur *ex l. 3. § 1. Ne quis eum qui in ius voc. fuer.* quod apud hunc etiam poſtulationes fiebant *l. 1. § 6 de poſtul* Et cum Duar. hac de re non diſputet. 1. *diſp.* 7. male adeo pro diſſ. adductus: niſi illi hoc imputat Tr quod tantum per præconem non etiam literis emiſsis putet factam citationem: & tamen hic unicus eius ſcopus eſt, vocationem in ius & citationem contra traditiones Dd diſtinguere.

LIT. G.

Duo iudicia, unum de iure, &c] Abuſio hæc eſt, verbi, iudicium, in quo nullum eſſentiale iudicij: & illa oppoſitio iuris & facti, eo vitioſa, quod & apud iudicem pedaneum quæſtiones iuris, ſuper quibus ICti conſuli ſolebant, incidiſſe, & apud prætorem de facto quoque diſceptatum fuiſſe, extra controverſiam eſt.

THE-

Digitized by Google

THESIS II.

LIT. A & B.

Verum hac procedendi ratione.] Etiamſi ipſos magiſtratus cognoſcere & judicare proponas, pleriſque tamen th. præced propoſitis locus eſſe poſſit: cæterum quando judices dari deſierint, commodius tractatus diſput 12. A Conſtantino id vulgo factum creditur, ſed minime probatur *ex l. 1. C. de formul.* quæ tollit formulas ſingulis fere actibus ceu ſolenne aliquod carmen, præſcriptas, & quas ſi quis omiſiſſet, aut non præciſe obſervaſſet, actus nullus erat Sane quod olim neceſſum erat actionem & formulam à prætore petere, ſublatum eſt per *l. 2 C. de formul.* quæ recta in judicio actionem proponendi facultatem permittit: ex quo, licet, quod magiſtratus ipſi judicaverint, non inferatur neceſſario, attamen poſtquam Dioclet & Maxim ipſos præſides judicare voluerunt, *l. 2. C. de ped. iud.* Romæ quoque & maxime translato in Orientem imperio, ubique idem obſervatum fuiſſe & probabile & veroſimile eſt ut non dubitem errare Treur. qui ſub Iuſtiniano demum veterem procedendi rationem exiſtimat fuiſſe mutatam.

Actionis editio iudici offertur.] Hoc tamen non eſt neceſſitatis, licet id velle videantur *Cyn & Salicet. in auth. offeratur, C. de lit. cont.* ſed poteſt etiam ipſi reo in judicem vocato offerri, *per d. auth offeratur, ubi etiam hoc notant Br. & Sic. num. 8. N. 53. c. 3. in prin. & §. 3.*

Vel per lib ſuppl vel eo amiſſo.] Hæc oppoſitio minus recte ſe habet: quod ſiquidem per illum, ut Trait, ſi editio actionis, non poteſt eſſe nuda ſupplicatio: & huic quoque ſupplicationem pro proceſſibus & citatione annexam eſſe oportet.

LIT. C.

Citatione interdum pri. r.] Pinguius hoc dicitur, cæterum proprie loquendo, ratione temporis quod antecedit, libellationem non habet, ſed tantum ſimplicis ſupplicationis pro proceſſibus.

LIT. D & E.

Mandatum iudicis.] Hoc non eſt perpetuum: quippe in multis judiciis inferioribus præſertim ubi ſummarie agitur, receptum, ut ad petitionem partis citent apparitores: niſi forte hic generale mandatum dicatur intervenire. Vide *Iaſ in § quadrupli. Inſtitut. de action numer. 44.*

Realis.] Definitur illa, quæ fit per captivitatem & apprehenſionem perſonæ: Atquin hæc ſignificatio verbi *Citari*, ab uſu juris noſtri plane eſt aliena.

Non iudicibus pedaneis.] Nulla hic poteſt eſſe ratio dubitandi, cum th. præc. his plane jus citandi negaverit. Porro ſi per delegatum principis intelligit eum cui mandata eſt juriſdictio, male hoc ſpeciale facit: cum dubio procul quilibet mandatarius, juriſdictionis, ſicut ipſe mandans, ita citare poſſit.

Niſi in iiſdem vel contraxerint.] Atquin ita hoc privilegium nundinarum futurum non eſt, cum jure communi & ordinatio, quilibet in loco cōtractus ſortiatur forum: ideoque pro NISI, forte legendum erit, ETSI. Sed fortaſſis Tr. hæc ſententia eſt, ex obligationibus ante contractis nō poſſe quem conveniri tempore nundinarum, ſed tantum de iis quæ in ipſis nundinis factę ſunt, quomodo *Salic in l. un. C. de nundin.* diſtinguit inter ante geſtum & in ipſis nundinis geſtū. Quod ipſum tamen ſimpliciter admittendum non videtur, ſed tum demum, ſi hoc vel expreſſe vel tacite actum appareat: cum præſertim etiam ſic, ſi ex contractibus tempore nundinarum celebratis, ſtatim quiſque conveniatur, occaſio turbandi mercimonia naſci poſſit. contra *l. un. C. de nundin.* quod etiam obſervatur in ditionibus Elect. Saxonici: teſte Molleto *in comment. ad Conſtitutio. 30. num. 9.*

LIT. F.

Tubam aut campanam] Incaute hoc proponitur hoc loco, ubi de ea citatione agitur, qua quis experiundi juris cauſa ad judicē vocatur: quia, ut ex ipſo Maranta allegat *num. 111.* appatet, hoc modo Univerſitas aliqua, non ad judicium ſed aliis de cauſis convocari ſolet.

THESIS III.

Illud hic breviter notandum, offendi L. L. methodi, quod hac th. propoſita nullo modo citationi reali, quin nec verbali omni, ſed fere ei tantum, quæ in ſcriptis fit, conveniunt: & tamen th. præced generalis definitio citationis, & eius in verbalem & realem diviſio traditur.

Nomen & cognomen.] Imo nomen officii exprimere ſufficit.

LIT. D.

Quam iure communi] Sive de in jus vocatione, ſive citatione ex jure antiquo quæratur, hoc verum non eſt: imo ſimpliciter ſi de citatione qua tali agatur verum non eſt: quia expreſſio cauſæ nihil aliud, eſt quam editio actionis, quæ à citatione reipſa diverſa eſt *Salicet. in l. 8 nu. 2. C. quomodo & quando Iudex Felin. ad c. ignarus. de libelli obl. numer. 2.* Sed alia quæſtio eſt, an citationi editio actionis ſit adjungenda: de quo ex

 ſtylo

Digitized by Google

ſtylo judiciorum ſtatuẽdum eſt: & haud dubie, ubi quis ex diverſo loco civitate aut provincia evocatur, ad evitandas ambages & ſumptus, id fieri & expedit & decet *Salic. in Auth. offeratur. numer. 10. C. de lit. conteſtat. quo pertinet. C. ſi primates capit 5. quaſt. 2.* cæteroquin, jure Canonico (quod non ſat bene jus commune appellare videtur Treut.) id ſemper præciſe requiri, non probatur.

Quod tamen ſi ſit induciæ.] Ergo ſi ſimpliciter & in genere tantum ſit expreſſa cauſa, adhuc induciæ dabuntur. Adeoque, ergo aut tenorem libelli dicam inſerendum, aut nec cauſam in genere exprimere neceſſe defendam: quippe quod editio ipſa actionis hunc ſolum habet ſcopum & finem, ut reus deliberet, cedere ac contendere malit: eoque conſtituit Juſtin. *N. 53. c. 3. §. 1. auth. offeratur. C de lit. cont.* ut vocato in judicium offeratur libellus, & exinde 20 dierum induciæ concedantur *Bald. Salices in d. auth. offeratur. Coler. deciſ. 110.*

Et litis pendentia.] Cum editio actionis ſit diverſa à citatione, ſiquidem hæc inducit prævẽtionem, nihil videtur neceſſaria adjectio cauſæ: niſi quod ad hoc, ut adimatur facultas excuſandi citato, qui ideo ſe non coram citante comparuiſſe excipere poſſit, quod ad quam eſſe citatus cauſam, ignoraſſet. Eoque ſtatuam contra Treut. ſufficere ad fundandam juriſdictionem citantis cauſam generaliter eſſe expreſſã, adhoc ſc. ut judex vel tum vel poſtea concurreus cauſam ad ſe trahere non poſſit: velut in caſu *l. 7. de iudic l. penult. de iuriſdict* Neque obſtabit *clem. ult. ut lit. non pen.* quæ explicationem recipit *ex c. 19. extra de for. compet* ubi ſimpliciter per legitimam citationem induci dicitur præventio: & ſcilicet verba extrema *d. clem. ult.* adhoc quæ ſit legitima citatio, explicandum pertinent; ut cũ quis ex loco remoto ad judicium vocatur, ea inſerantur citationi, ex quibus an cedere an contendere debeat, ſatis inſtrui poſſit. Nec obſtat *l penult de iuriſdict.* non tam quod ibi ſpeciale ſit in caſu mutat fori per matrimonium aut quod iſta L. ſit ſupplenda per textus juris Canon. ut not. *Iaſ. in d. l penult colum. 2.* quam potius quia alia ratio eſt citationis ex jure Canon. & moribus, quam vocationem priſtinæ in jus, quæ quod etiam privata autoritate fiebat: præventionem non poterat operari: ſed & alias argumentum à contrario ſenſu, non uſque adeo magni ſemper eſt momenti.

An vero ad certam cauſam citatus.] Non recte ſimpliciter negat Tr utique ſi præſens nõ eſt citandus, ſed reſpondere cogitur, quod admittit ipſe Tr. th. 6 & communiſſimam opinionem eſſe teſtatur *Iaſ. in l. 1. de in ius vocando*, etiam cogetur reſpondere ad aliam cauſam, qui citatus ad diverſam præſens comparet Cæterum intereſt, an tractetur de aliquo actu ſingulari V.C. audire ſententiam, videre jurare teſtes, &c & hic utique tergiverſationi locus non erit: *Zaſ. in l. de unoquoque. 47. num. 6. & 7. de re iudic.* aut de tota cauſa, & his iterum an reſpondere debeat, an reſpondere ſtatim: quod utique certum eſt, inducias deliberatorias ei denegari non poſſe *Marant part. 6. de prim. memb. iudicii num. 13* Cæterum idem reſponderim, ſive ab alio, ſive eodẽ, qui impetravit citationem, nova cauſa proponatur: cum etiam alias mutatio libelli ad litis uſq; conteſtationem licita ſit, de quo infra th. ult. Nec quicquam hic eſſe poteſt, quod prætendat citatus, ſi modo alias juriſdictio fundata eſt judicis, ita hunc declinare, & domum revocare nequeat reus Ex quo reſponſio expedita eſt ad *l. 2. §. 3. de iudiciis*, in cujus ſpecie is qui ad aliam cauſam venerat, habet jus revocandi domum. Et proinde non probo *Zaſ. in d. l. 47. de re iud. Mynſ. 6. obſerv. num. 9* ubi negant eum qui comparuit ad unam cauſam, ſine prævia nova citatione, ad aliã reſpondere teneri. Ratio porro utraque Tr. nihil cõcludit; & in priori illud ſupra improbatum, quod expreſſio cauſæ ſit de eſſentia citationis.

LIT. F.

Nec dies aſſignationis in eo] Dubiam hanc quæſtionem ait Mynſing. & negativam tamẽ in Camera receptam, quam, etiam communem teſtatur *Vant. poſt Iaſ in l. 1. ſi quis cautio. colum. 3* ubi recte notat non quæri hic de ultima die termini ſed de ipſo die aſſignationis: velut ſi judex alicui hodie aſſignet 10. dies ad comparendum, ut hodiernus dies in termino non computetur. Verum ſententia affirmativa rectior videtur, in quam inclinat *Bald. in d. l. 1.* ut in dubio ab ipſo puncto aſſignationis factæ, quod præſertim dilationes ſtricte ſint accipiendæ, tempus incipiat currere, & ita, ut loquuntur, de momento in momentum: cui rationi cum Iaſon male reſpondet Mynſing. hoc obtinere, ubi tempus currere cœpit: quia hæc petitio principij eſt, & hoc ipſum quæritur, an ab ipſo puncto aſſignati termini, an verò à die ſequẽti demum tempus currere incipiat. Quorum ſane illud probabilius, & præter jam dicta firmatur argumento dilationum legalium, quæ ſtatim incipiunt currere,

veluti

veluti decendium appellationis interponendæ. *Nov.23.c.1.* Neque obſtant cap. allegat. Quinimo cum illis caſibus exceptio ſtatuatur, regula firmatur in contrarium. Non obſtat etiam *l. 1. ſi quis cautio* vel quia caſus ſingularis eſt, & ſpecialiter id ibi quaſi ex æquitate receptum, vel quia dies in quos viginti milliaria computantur plenos & integros, non quaſi dimidiatos eſſe oportet: & in *l.1.* eximitur etiam dies, in quem ſiſti oportet, quod tamen in aliis caſibus nemo admittit.

THESIS IV.

LIT. A. & B.

Eaque ſemper antecedere debet.] De reali res certa eſt ſed de verbali contrarium de conſuetudine teſtatur Maranta citatus, & illud pro certo proponitur Clar. Et cum jure veteri, ipſo faten te Tr. th. 1. etiã priuatus in ius vocare potuerit, commiſſionem iſtam de eſſentia vocationis aut citationis non eſſe conſequitur. Poteſt ſane ex ſtylo iudicij, eſſentiale hoc effici, ſed ex obſervantia unius vel alterius iudicij, non recte infertur concluſio generalis, vide *Menoch 2. præſ. 24.*

Non præſumitur, niſi probetur.] Dicere debebat, eam non præſumi, & ideo probandam eſſe, quia quæ probantur non amplius præſumuntur. Cæterum ipſa quoque aſſertio dubia eſt, ſiquidem relationi nuntij fides habenda eſt, juxta tradita ab ipſo *Tr. lit. D.* Licet enim poſſit dari differentiæ ratio, quod iudex cuius fidem elegit ei, quoque fidem habere debet, hæc tamẽ ſupereſt paritatis ratio, quod cum reus iudicem vocantem ſequi teneatur, etiam perſonæ, cuius fidem iudex elegit, & ex officio ſuo aliquid agendi fidem habere debet. Et ideo in dubio contra Treut. affirmaverim præſumendum eſſe pro nuntio, quod vocet ex commiſſione iudicis, eique fidẽ à vocato habendam eſſe, ſicuti fides habetur à iudice ei quid egerit referenti: quod lit. D. cum generaliter affirmet Tr. male lit. B ad nuntios Cameræ non obſcure reſtringit, dum in fine citationem alias parti traditã præſumi negat. Sed potius illud rectius ſe habet: quod tales nuntii deponunt ſuper officio ſuo, & ſuper geſtu proprio, eoque actu, ad quẽ autoritate publica deſtinati & electi ſunt, *Iaſon & Faber in §. quadrupli Inſtit. de act. Marant. part. 6 de primo membr. iudicii n. 51.* Neque obſtat *l. 6. de cuſtod. reor.* quia hoc ſaltem eſt officiũ Irenarchæ, ut deferat nomina, ſed officiũ præſidis, cognoſcere de cauſa & veritate delationis. Non obſtat etiam, quod videri poſſit plus credendum alicui viro bono neganti ſe eſſe citatum quam nuntio affirmanti: quoniã quiſque ille ſit, ſi citatum ſe neget, deponit ſuper cauſa propria, eoque minorẽ hac in re, quã nuntius fidem meretur. Vide de hoc an & quatenus nuntio fides habenda, prolixè *Iaſon in §. quadrupli. inſt. d. action. num. 14. & ſequentibus.*

LIT. C.

Si ex probabili cauſa abfuerit, ex caſu procuratorem, &c.] Nimis generaliter & confuſe hoc traditur. Vtique ponendi ſunt termini habiles: & Mynſing. loquitur de cauſa appellationis, & de citando procuratore, qui in prima inſtantia in lite fuit: & Vantius de caſu ſingulari procuratoris ſeſe offerentis cum ſufficienti mandato.

Dominus citari nequit ſine procuratore.] Iure civili verius eſt, ubi procurator litem conteſtatus eſt, dominum nec citari poſſe: quod recte poſt Bart. male à Tr. improbatus Vantius tradit, qui tamen aliud iure Canonico obtinere ſcribit, & probatur hæc ſententia vel ex hoc ſolo, quod procurator efficitur dominus litis, quod his ab eo citra cauſæ cognitionem transferri non poteſt *l. 22. C. de procur. ubi Salicet. & Sichard. numer. 1.* quod in eum neceſſario ſententia ferenda eſt *l. 1. C. d. ſent. Salicet in d. l. 22. C. de procur. num. 3. & in d. l. 1. num. 5. & ſeqq. ibi Sichard. nu. 7.* licet ex æquitate, quod ipſo alieno nomine litem ſubiit, actio ipſo iure competens denegetur *l. 4. de re iudic.* Et facile aſſentietur qui perpenderit, quis dominii ſit effectus, & quid ſit, eſſe litis dominum: ſcilicet ut non cum ipſo negotii domino, ſed cum procuratore lis agi intelligatur: ut proinde procurator citandus, & in dominum directa citatio fuerit nulla, quod & communiter tradunt *Dd. in d. l. 22. C. de procurator.* Eſt tamen caſus ſingularis in §. ſi vero 4. verſ. alia inſuper Inſtitut. d. ſatiſdat. ſecundum quem cum reus ſe tempore ſententiæ ferendæ in iudicium venturum cavere teneatur, procul dubio etiam ad audiendam ſententiam recte citabitur.

Die feſto non poſſe fieri.] Non abſurde videtur, defendi contrarium, quod & communiter probatum & uſu receptum: teſtatur Vantius: vbi videlicet inſinuatio ita fit, ut certo præfixo termino aliquis comparere iubetur: quod iſte inſinuationis actus, vix quicquam iuriſdictionale aut iudiciale habere videatur. Secundum quæ *l. ult. C de fer.* de citatione, quæ neceſſitatẽ mox ſequendi & comparendi contineat, accipienda & explicanda erit, aut etiam ad eum referenda caſũ, quo quis non ex remotis locis, ad tribunal

aliquod

Digitized by Google

aliquod ſupremum, ſed ab ipſius loci judice & apparitore in judicium vocatur. Neque obſtat quod ita nihil novi ſtatuatur, cum diebus feriatis non conſiſtat judicium: quia imo imperator certius hoc ne quicquam judiciale tractetur, conſtituere voluit: ideoque in ſpecie adjicit: præconis horrida vox ſileſcat, advocatio conticeſcat, &c.

THESIS V.

LIT. A.

Tenorem iuriſdictionis ſua inferre.] Rectius dixiſſet, commiſſionis vel delegationis, cum delegatus ad unum caſum, vix habeat juriſdictionē. Cæterum putaverim, non neceſſum eſſe, ut copia commiſſionis tranſmittatur, ſed ſufficere, ſi delegatio facta allegetur, ita ut pro iſta aſſertione ſit præſumendum, & citato comparendū ſit, cui ſufficiat poſt comparitionem delegationem factam probare, & cum neceſſum non ſit tranſmitti originale, poterit etiam ſufficere extractus & ſummarium, & porro nuda etiam delegationis allegatio: & quid ſi delegatio non in ſcriptis, ſed viva voce facta ſit? quod ſane ex ratione juris fieri poſſe, extra controverſiam eſt.

Qui facultatem procedendi ex arbitrio.] Parum ſubtiliter ſingularem ſpeciem conſtituit judicis, qui facultatem habeat procedendi ex arbitrio, intelligens ſcilicet arbitratorem, quē Dd. *ex l. 76. pro ſocio* etiam inter judicum ſpecies numerant. Verum totum hoc ad rationem juris noſtri exactum commentitium videtur, quin imo hic nullo modo judex eſt, ſed tanquam cōpoſitor amicabilis intervenit cuius pronuntiatum nullo modo ſententia eſt, neque ulla neceſſitate parendi partes adſtringit: de quo pluribus agemus *infra diſput. 12 th. 4.*

LIT. B.

Terminus pro circumducto habetur.] Non debebat omitti jus noviſſimum ex *N. 112 c. 3. §. 1. & 2.* ex qua reus in hoc caſu etiam lite non conteſtātē petere poteſt, ut de cauſa principali cognoſcatur, & ſententia definitiva feratur: & adeo conſequenter hic in contumaciam lis acceptabitur pro conteſtata *Sichard in Auth qui ſemel n. 27. & ſeqq. ibid Salicet numer 12. ſeqq. Quomodo & quando iudex ſententiam &c.*

Adeo ut nec inducia actori.] Hoc cum generale ſit ad caſum præmiſſum non recte accommodatur: & alias nulla quoque hic aut frivola dubitandi ratio, cum actori in cuius poteſtate eſt agere, & qui ſponte ultro ad judicem ivit, induciæ ad agendum inepte dentur: cum præſertim induciæ illæ deliberatoriæ ea cauſa dentur, ut ſciat reus, cedere debeat an contendere *Auth. offeratur, C. de lit. conteſt.* quod in actore locum non invenit.

LIT. C.

Impune non paretur, in dubio tamen comparere] Hæc non ſatis ſibi convenire videtur, qui ſi tenentur comparere, utique tenetur parere, & cōſequenter verum eſt, quod non pareatur impune. Et plane cum extra territorium nulla ſit citantis juriſdictio, hic in dubio caſu eſſe non videmur, ut Prætor cognoſcere poſsit, an ſua ſit juriſdictio, quæ ratio neceſſitatem ſequēdi imponit *argum. l. 2. ſi quis in ius voc. &c.* poterit tamen ita explicari Tr. ut quod in exegeſi traditur, exceptionis locum obtineat ad regulā propoſitam in th. ut videlicet ſi dubitetur an extra territorium judex citet, & an eius ſit territoriū, vocatus debeat comparere. Plane in *l. ult. d iuriſdict.* non agitur de citante, ſed jus dicente: & facilius eſt ut citanti pareri debeat, uſque dum doceatur de incompetentia: quæ ſentētia Duar. eſt loquentis cum ICto *in l. 5. de iudic.* cui adeo male imputari videtur à Tr. quaſi iſte exiſtimaret, etiam ei veniendum, in quem notorium eſt nullam juriſdictionem competere citanti. Et ſcilicet prætores octodecim qui Romæ jus dicebant *l. 2. § captis 32. in fin de orig. iur.* non tam ratione perſonæ, quam cauſæ & objecti limitatam habebant juriſdictionem.

Quod ſi quis ad unum terminum.) In ſecundo membro huius quæſtionis, ubi ſuperior non niſi per viam appellationis adiri poteſt, nō tam reſpondendum eſt, quod inferiori ſe ſiſtere rectius, quam potius, quod inferiori ſe ſiſtere habeat neceſſe, quod vel exemplo Cameræ Imperialis apparet. In priori membro videri poſſit ſpecies cōtradictionis, habere judicem inferiorem & ſuperiorem, & tamen huic immediate eſſe ſubjectum: ſed homonymia eſt in verbo *immediate*, quod hic uſurpatur, pro, *abſolute*, ut oſtendit exemplum, quod *Mynſ. ex Zaſ. in l contra pub. 34. numer. 12. de re iudic.* adducit, eoque fortaſsis rectius diſtinguatur an ſuperior ſit abſolute ſuperior, & juriſdictionem habeat concurrentem cum omnibus inferioribus magiſtratibus, an ſecus: ut illo caſu ſuperior, hoc inferiori citatus ſiſtere ſe debeat: qua tamen in re inſtituta & conſuetudines cujuſque Reip. erunt obſervandæ *Coler. in proceſſ. execut. part. 3. cap 7. num. 36.*

THE-

Digitized by Google

THESIS VI.

LIT. A.

Sententia contra non citatum lata eſt ipſo iure nulla.]Subjicit,etiamſi in favorem abſentis lata ſit. Atqui hæc non conveniunt, latam eſſe contra abſentem,& in eius favorem: niſi forte utrumq; hoc dicere voluit, nullam eſſe, ſive pro ſive contra fuerit,lata aut ſimpliciter hoc dicere,ſententiam ad quam audiendam citatus quis non eſt: ipſo jure eſſe nullam. Quæ quidem communis & recepta opinio eſt, propoſita etiam infra *diſput 12.th.15.lit C.& p 2.diſp.23.th.3 lit.I.* Sed dubium facit,quod ipſe Tr.infra *th. 8.lit.B.* de jure verius eſſe ait, quod ſufficiat una citatio ad totam cauſam: & ſane ad actum iſtum proferendi ſententiam nō eſſe neceſſariam citationem ſpecialem,probatur *l.1.§ ult.quando appell.l.1.& ult. C.quomodo & quando iud. l. 4. C.de proc.* Neque obſtat *l 47.de re iud.l.1.§.3.quæ ſent.ſine app.l.7.C. quomodo & quando iud.* in quibus & ſimilibus locis præſentes opponuntur iis, quorum intereſt, & qui nunquam in iudicio fuerunt *arg.l.14.in fi. d.app.*vel iis qui ſtatim abeſſe cœperunt, & nūquam aditi fuerunt:de quo caſu eſt *l.13 §.1.l.29. in fi de minor.*facit *l.ult.C.ſi per vim.* ubi perhibetur auferri poſſeſſio ab abſente, quia merita cauſarum aſſertione partium pandantur: & ceſſante igitur deciſionis ratione,ubi videl.in cauſa eſt concluſum: ipſa quoque ceſſabit deciſio: qua de re plenius agitur locis paulo ante citatis.

An autem iudicio præſens adhuc citandus.] Diſtinguit Treut.ut comparere quidem, ſed non actionem ſuſcipere,& reſpondere teneatur.Vbi niſi intelligit reſponſionem incontinenti faciēdam,non dubie errat, quippe quod alias comparitionis illius nullus plane futurus ſit effectus, ſed quidem arbitrio rei collocetur, reſpondere vel non Dicendum igitur,ſiquidem comparere neceſſum eſt etiam ſalva tamen dilatione, à legibus conceſſa,reſpondendum & actionem ſuſcipiendam eſſe. *Iaſ.in l.1.ff.de in ius voc. Coler. deciſ.103.* Cæterum Treut. dum hic præſentem ad comparandum adſtringit citra aliam citationē, in quæ tradidit *th.3.lit.D.*contradicere videtur, videlicet citatum ad cauſam unam, cogi poſſe ut reſpondeat ad aliam; idque vel hoc argumēto,quod *Geil.1.obſerv.51.*qui contra Treut.etiam ad aliam cauſam reſpondere teneri putat,hac ſola ratione utitur, quod qui in judicio præſens eſt amplius non ſit citandus.

Qui ne præſentes quidem actum impedire.]Nimis generaliter & indefinite hoc affirmatur, ſiquidem quod ex Gail apparet ſpeciali hoc caſu, & ubi de tertio & intereſſe aliquod prætendente, agitur,ita habet locum.Cæterum iis quos cauſa principaliter concernit,velut actor & reus, de quibus præcipue hic agitur omnimodo citandi erunt,neque iudici, hanc facultatem aliquid allegandi partibus præcidere permittendum, & alias poſt concluſionem in cauſa nunquam neceſſario partes fuerint citandæ.

LIT. B.

In quibuſdam tamen impetratione veniæ.] Nulla hic cum præcedenti cōnexio, quippe quod hactenus à theſi ſecunda egit de ea vocatione & citatione,quæ fit iuſſu judicis, ubi fruſtra quæratur de impetratione veniæ. Et nimirum non leviter in methodi leges peccat,quod poſt citationem ex jure novo & moribus explicatā nulla præmiſſa cautione vel admonitione redit ad tractationem ex jure antiquo, & adeo ſimul citationem cum vocatione in jus confundit.

Quales ſunt magiſtratus.] Perſpicuus hic error eſt Treut. ſub eam claſſem referentis magiſtratus,ex qua petita venia vocari poſſunt, cum ex jure Romano certū ſit, hos durante officio nullo modo vocari poſſe *l.2.h.t.* ad quam claſſem etiam pertinet, qui apud prætorem cauſam dicit *l.7 inf.h.tit.* cui fruſtra à Pacio objicitur *l.54 §.1. de re iurid.*quia vera & facilis reſponſio eſt,cum qui in termino nō comparet,ideo quod in aliud auditorium maius in alia cauſa eodem tempore citatus fuit, contumacem non haberi.

Quod tamen de magiſtratibus maioribus.] Limitatio hæc nulla videtur, quia jam in theſi dixerat magiſtratus qui cum imperio ſunt: quod in jure noſtro non niſi de maioribus magiſtratibus prædicatur *l.12.§.1.de iud.l.32.de iniur.*

Maiores pro delictis in officio commiſſis vocari poſſe.]Scilicet etiam durāte officio, quod ex oppoſitione præcedenti & Jaſone allegato apparet, & quod alias nulla fuerit ratio dubitandi. Et hoc tamen,quod ipſe certum eſſe ait, dubium redditur ex *l.12. in pr. de accuſat.l. 38.§.ult. de adult.* quibus locis pro regula traditur,majores magiſtratus durante officio accuſari non poſſe, ſed tantum ab iis cautionem exigi,ut ſe ſiſtant in finem honoris:qui ſane generales textus ad delicta ante commiſſa reſtringi non poſſunt: tū hac ipſa de cauſa quia generales ſunt, tum quia ubique ead militat ratio, dignitas magiſtratus & officij, tum denique, quod alias nulla cautione opus eſſet,ſi durante officio recte cōvenirentur.

Digitized by Google

rentur. Et hæc ita procul dubio jure antiquo obtinuerunt: ſed aliquid videntur novaſſe Impp. *in l. 4 C. ad L. Iul. rep.* & tamen non abſurde dixeris eſſe ibi ſpeciale, quippe in crimine repetund. quod inficit ipſam adminiſtrationem, & delictũ quaſi continuatum eſt: ut maxime interſit provincialium, hoc crimen detegi & puniri, & magiſtratum quamprimum removeri, ne ei ulterior in bona ſubditorum graſſandi detur facultas: & in hanc ſentẽtiam *d. l. 4* accipiunt *gl. Cyn. & Sal. ibid.* ubi notant ſpeciale eſſe, ſi magiſtratus ratione & occaſione officij, & quatenus adminiſtrat, delinquat. Cæterùm hanc explicationem & reſtrictionem vix admittit N 86. c. 4. ubi Iuſtin. ſingulariter conſtituit, ut magiſtratus non quidem accuſentur, ſed contra eos implorentur Epiſcopi, quorum ſc. ſanctitati & pietati hoc dediſſe apparet Juſtinianum: & forte eo tempore, non annui, ſed non raro perpetui præſides provinciarum fuerunt.

LIT. C.

Ceſſante veteri illa ratione.] Cum Tr. referat ad th. 1. ſatis colligitur, eam edictum prætoris de venia impetranda, ad violentam raptionem in jus referre: quæ etiam eorum quos *d. th. 1 ſequitur*, ſententia eſt *Duar. diſp. ann. 1. & c. 6. hic Vult. diſc. ſchol. 1.* Verum ea opinio minime probanda eſt. *I. arg. l. 18. h. t.* ibi, *vim inferre videri.* etenim raptio violenta vera vis eſt. II. quia non citra impietatem petat filius, ut ſibi patrem rapere liceat. III. quia ut *not. ad th.* 1. nec prætor illud permittat IV. per *l. 11. h. t.* ubi liberto pœnitenti remittitur pœna: atquin utique vis illata patrono ſola pœnitentia non eluetur. V. per eandem *L.* 11. ubi ceſſat edicti pœna, ſi vocatus non venerit, aut non invitus vocatus ſit: atquin qui rapitur, non poteſt non venire, & non poteſt non eſſe invitus. Et ergo dicendum eſt edictum prætoris ad ſimplicem vocationem in jus & dictionem diei pertinere: quam ſine venia in perſonas illas noluit licitam eſſe prætor: nec quacunque neceſſitate ſequendi aut ſatiſdandi eos adſtringi.

Fruſtranea videntur.] Fortaſſis non omnino: ſed eatenus hodie quoque edicto locus erit, ut cum præfatione aliqua honoris contra ejuſmodi illas perſonas proceſſus petantur: quin omnimodo erit in illis judiciis inferioribus, in quibus moris eſt, ad ſolam etiam actoris interpellationem, reos in jus vocari.

Vtrum diſcipulus præceptorem.] Sequitur Treut. diſtinctionem, quam *ex Ioh. de Plat.* proponit *Iaſ. in §. pœnales I. de action. numer. 78. & ſeqq.* inter citationem realem & verbalem. Verum ſi de edicto prætoris ſecundum verum ejus ſenſum, de quo paulo ante, quæras, ſiquidem ſine venia cũ in jus verbaliter vocari poſſe concedas, eo ipſo edicto locum eſſe negabis, quæ etiam ſententia Jaſonis eſt d. loco: & ego tamen Angelum ibid. ſequi malim, maxime cum de Doctore, ſcholaris magiſtratus ea quæſtio à Iaſone proponatur. Quod ſi ex mente Tr. edictum de ratione violẽta accipias, inepta illa diſtinctio erit. Cæteroquin ſi de citatione reali ad hodiernos mores diſputamus, quibus illa nõ niſi rariſſime in cauſis civilibus locũ habet. & quod Treut. ſup. vere docuit, non niſi ad commiſſionem judicis fieri poteſt, tãto minus hodie hac diſtinctione recte utemur. Sed & diſtinguendi præceptores ſunt, nec de quibuſvis fortaſſis annuis aut leviter operam mercenariam locantibus, hoc affirmandum, ſed iis quos æquali cum parentibus jure colendos eſſe, Juvenalis, quibus etiam pluſquam parentibus deberi Alexand. Magnus cenſuit.

Vtrum privignus novercam.] Probanda videtur contra Angelum diſtinctio *Iaſ. in §. pœnales. Inſt. de act. num. 75.* inter affinitatem durantem & diſſolutam.

THESIS VII.

LIT. A.

Similiter citari nequit.] Hic eodem vitio laborat quo th. præc. quod ſc. vocationem cum citatione confundit: ſiquidem iudex dum cauſam cognoſcit & qui apud eum cauſam agit de quibus in *l. 2. d. in ius voc.* in jus quidem vocari non poſſunt ut ſe vocantem ſequi teneantur, ſed eo modo, quo aliquot theſibus diſputavit citari utique poſſunt.

LIT. B.

Pupilli loco tutor.] Ego contra Tr. cum *Bart. in l. 1. § ſufficit. de adminiſt. tut. Iaſ. in l. 2. in fin. pr. h. t.* defendi poſſe exiſtimo, etiam in perſonam pupilli, quando maior ſeptem annis ſit, recte cõcipi citationẽ: *ex d. l. 1* quæ electionem permittit tutori, an ipſe per ſe defendere pupillum, an eũ exhibere, ipſique auctorari velit. Et ita non dubitem, ex ratione juris antiqui præſente tutore in jus vocari pupillum potuiſſe. & multo magis, ubi hanc viam auctorandi pupillo elegiſſe tutor, non tantum potuiſſe, ſed etiam debuiſſe citari pupillum. Et ratio Treut. quod pupillus non habeat idoneam ſtandi perſonam in judicio, non concludit: vel quia ad eum effectum non fit citatio, ut pupillus per ſe compareat,

coque

eoque nõ pupillo ſoli ſeparatim inſinuanda eſt: vel quia ratio illa claudicat in minore, qui utiq; eo caſu, quo curatorẽ nõ habet, recte citabitur, & niſi curatorẽ, quo autore defendatur: ſibi petat, miſſionẽ in poſſeſſionem bonorũ patietur, juxta notata *Zaſ. in l. ſi minor. de reb. aut. iud.*

Lit. C.

Verbali non reali citatione.] Liquidiſſimum hoc eſt, neminẽ pro debito alieno jure poſſe apprehendi: neque alia de cauſa hoc aſperſit Tr. niſi occaſionẽ haberet contra methodi leges de iſto citationis genere quædam alieno loco proponẽdi. Cæterum ſi pupillus pubertati proximus & doli capax ſit, ipſe realiter citari poterit.

Nec in muliere locum habet.] Nulla hic connexio & alia ratio tutoris in cauſa aliena, & mulieris in cauſa propria, quæ ſpeciali privilegio favore ſexus conceſſo defenditur. Et tamen fallacia hic committitur homonymiæ: quia hoc tantũ mulieribus datum, ne in carcerem publicum & cõſuetum ducantur: cæteroquin mulieres comprehenſas monaſterio includi vult Juſtinianus, quæ revera realis eſt citatio.

Niſi publicus latro vel homicida.] Hos etiam ex templo extrahendos ait, eoque confuſim tractat de perſonis, quæ, & de loco, ex quo, quin & de cauſis, in quibus realis citatio fiat: ſiquidem ex eo, quod latronis & homicidæ mentionẽ facit, etiam de criminalibus eum diſputare apparet. In quibus perſpicue falſa eſt ſubjecta exceptio, de milite, clerico & minore, quos propter delicta commiſſa comprehendi poſſe nulla dubitatio eſt: quin nec in civilibus minorem excipiendum crediderim, & Gail. citato loco nominatim de infantibus & impuberibus loquitur.

Doctores legum vel profeſſores.] Cum etiam *in l. 6. C. de profeſſ.* horum uxores & liberi contineantur, in criminalibus proculdubio falſa erit hæc ſententia. Et nimirum Impp. hoc privilegium illis conceſſerunt ut ne ſicut plebei, vel quælibet aliæ perſonæ in judicium ducantur & exhibeantur. Porro Poetæ & Muſici, quatenus nil niſi tales, recte contineri negantur, cæterum eos aliquando profeſſores eſſe nihil prohibet. Textus tamen allegati nihil faciunt *cum l. 3. C de profeſſ.* loquatur de immunitate munerũ, *& in l. 4. C. de excuſ. mun* Hydraulas de Muſicis explicare, ſit abſurdũ, in quo lapſus videtur *Cuiac. in l. 6. §. grammatici, de excuſ. tut.*

Lit. D.

Citari poſſunt qui in vinculis.] Hic iterũ alio ſenſu accipit verbũ citationis quã in pr. th. nimirum quod his denuntiari poſſet (utiq; enim nec realiter, nec ad eũ effectũ ut ſequatur, citati queũt) ut in judicio ſe defendant: quoniã ſc. etiam per procuratorẽ citatus cõparere & reſpondere poteſt, quod not. Iaſ. citato loco, ita videlicet, ut reſtitutioni locus ſit, non ſimpliciter, quomodo loquitur Tr. ſed tũ demũ, ſi procuratorem non potuerint reperire. Plane cum dixiſſet eos citari poſſe, inſubtiliter ſubjicit in allegatis, nec citatio eorũ ipſo jure nulla eſt, cum ex præmiſſis, citationem ipſo jure valere affirmandum eſſet.

THESIS VIII.

Lit. A.

Si cauſæ notoriæ ſint, omitti eam poſſe]Lubrica & periculoſa videtur hæc ſententia, ſiquidem omnino de eſſentia eſt proceſſus, imo vix ulla poſſit eſſe tanta notorietas, quæ excludat omnem exceptionem, præſertim circa ea, quæ conſiſtunt in facto & ſemper reus jure conqueri poſſit, habuiſſe ſe quod opponeret *Salic. in l. 7. nu. 74. C. de accuſ. & inſcript.* & ſi citatio omitti poteſt, poterit etiam & magis omitti litis conteſtatio, quin & ipſa ſententia, & cum qui non citandus, nec audiendus ſit, ſtatim ab executione initium fieri poterit: quæ tamen & abſurda, nec tantum rationi juris civilis, ſed ipſi rationi contraria cum ſint, præſtat eum Gail. & aliis inſiſtere regulæ, quam prætextu notorietatis abſurdam ſtatuere exceptionem. Et fruſtra affertur *l. 2. §. 2. de adminiſt. rer. & civit* quæ ratio decidendi, non à notorietate, ſed à favore cauſæ dependet, quæ facit ut etiam teneat pronunciatum contra abſentem. Plane quoad unum aliquem actum ſententiæ Treutleri locus eſſe poſſit. Simpliciter dicam, quod aut ea notorietas eſt, ut ab executione incipere liceat, & fruſtra quæritur de citatione aut negotium cognitionem cauſæ qualam deſiderat, & utique citatione opus erit. Cętera de cauſis in quibus non opus ſit citatione, non moramur, & peccat hic quoque Treutl. in leges methodi, idem bis tractans, ſiquidem hunc locum iam attigerat *th. 6. lit. A.*

Lit. A. & B.

Quæ ad totam cauſam ſufficit.] Hic quidem ſibi quodammodo contradicit *th. 6. lit. A.* ubi ut ſententia valeat, neceſſario requirit, ut ad eã audiẽdã partes ſint citatæ. Et haud ſcio, an iſtud juri civili, præſertim rationi procedendi ex jure veteri convenire poſſit, quo non ut hodie in ordinariis judiciis, ſtati ſolenneſque erãt termini, ſed ut ipſe Tr. docet *th. 1. lit. F.* formula concepta & iudice addictio ipſo die cognitionis, licet de eo partibus conſtaret, præconis voce citatio

Digitized by Google

fieri ſolebat: quod etiam porto, ſiquidem non ſtatim uno die judicium & cognitio abſolvebatur, factum fuiſſe probabile eſt: quo etiã omiſſio. dies dicta & conventa eos admonere poterat: veluti qui in jus vocati de ſiſtendo in certum diem caverant, etiam citra aliam vocationem ad vadimonium occurrere tenebantur. Neque ratione caret, quod locis citatis referunt *Marant. & Vant.* citationem ad totã cauſam receptã & uſitatã eſſe, ubi quis ex longinquis locis ad reſpondendum aut litigandum evocatur, quod etiam vult *Schurff. cent. 1. conſ. 82. n. 1. & 6.*

In cauſis purgationum.] Exceptio hæc etiam extat apud *Mynſ. 4. obſerv. 33. & 3. obſerv. 86.* ubi rationem deſumit à gravitate & magnitudine præjudicij. Quæ ſane ratio nullius eſt momenti, quod in quacunque cauſa contra citatum & non comparentem tanquam contumacem proceditur, idem præiudicium verſatur. Et videtur hic imprudenter confundi citatio unica, & citatio ad totam cauſam, ſiquidem etiam tertio repeti citatio poteſt, ut tamẽ ſemper ſit ad totam cauſam: eodémque modo in camera non ſemper ſufficiet una citatio, ſed ſemper tamen erit ad totam cauſam. Et peccat igitur Tr. dum ad regulam de citatione ad totam cauſam, ſubjicit exceptionem de citatione iterata.

LIT. C.

Quæ hic de edictali citatione traduntur, à tractatione de cauſis, ſunt aliena, & rectius ſub *th. 2. lit F.* propoſita fuiſſent.

Eamque ſolus ordinarius.] Ex ratione juris non dubitem ita quoque citare poſſe eum cui iuriſdictio præſertim ad univerſitatem cauſarum mandata eſt, cum hic omnia faciat ex perſona & iure mandantis. Neque obſtat *N. 112. c. 3 inſ. pr.* ubi ordinarii magiſtratus opponuntur iudicibus ſpecialibus qui ſecundum mores eius ſeculi ad ſingulas cauſas dari ſolebant. Plane de legatis hodiernis, qui mixtam ſpeciem iudicum datorum, & eorũ quibus eſt mandata juriſdictio conſtituere videntur, juxta notata diſp. præced. facultatem ita citandi permittendam non eſſe, non invitus conceſſerim. Delegato tamen principis, id conceditur à Tr. *th 1. lit. E.*

Fit plerumque peremptorie tribus edictis.] Inſubtiliter hoc dicitur, ſiquidem illa peremptoria dicitur citatio, quando una plurium loco interponitur.

Citatio una ſufficit ſi iudex pro tribunali, &c.] Verum hoc non videtur, quia decretum iſtud judicis non magis facere poteſt partem contumacem, & ideo tertia citatio requiri videtur, quod prima vel ſecunda non recte præſumitur inſinuata Et male cœpit Treut. Mindanum qui loco citato iſtum effectum adſcribit monitioni iudicis factæ ad partem præſentem, per quam ſane omnis ignorantiæ præſumptio excluditur, vide *Sich. in l. 2 numer. 14. C. quom. & quando iudex & ibid. Salic. numer. 3. & 6.* Secundum quæ male infert Tr. quod principis citatio ſemper habeat vim peremptorii tum quia princeps non ſemper pro tribunali decernit citationem, tum quia diverſa eſt monitio partis præſentis à citatione quæ inſinuatur abſenti.

THESIS IX.

LIT. A.

Delegati iuriſdictionem perpetuat] Effectus eſt, ut poſt citationem defuncto mandante delegatus procedere poſſit: idque videtur firmari exemplo mandati procuratorii. Verum diverſa huius & illius ratio eſt: quia procurator ſibi ipſi quærit obligationem & actionem, ubi primum negotium aggreſſus eſt, res integra eſſe deſinit, & propter intereſſe procuratoris revocare mandatum non licet. Atquin delegati quicquid etiam geſſerit, nihil intereſſe dici poteſt, nec ille quicquam ſibi acquirit, aut in ſuam perſonam transfert, eoque etiam poſt litis conteſtationem mandans ad ſe juriſdictionem revocare poteſt *Zaſ. in l 5. de iuriſdict nu. 57 Br. ibid n. 11. Iaſ. in l. 1. §. qui mandat. in princ. de offic eius.* Ex quo effici videtur, etiamſi poſt litis conteſtationẽ mortuus ſit delegans, delegatum amplius procedere non poſſe: quippe cum omnia ex perſona illius agat, illo ſublato, nihil amplius agere poterit. Facit quod mortuo delegãte idem videtur eſſe, ac ſi remotus ab officio fuiſſet: quo facto jus delegati expirare notant *D in l. 1. de iuriſd.* Et vero magiſtratus non habet iuriſdictionem iure ſuo, ſed ſibi à Republ. commiſſam, ut neque moriens quicquam in aliũ tranſmittat, neque novos magiſtratus ipſi ſuccedat. Et ſi ita ſtatuamus, nulla inferetur iniqua conditio actori, cui forte per citationẽ vel litis conteſtationẽ ius ſit quæſitũ: quia novus magiſtratus in eodem ſtatu in quo eſt cauſam ſuſcipere tenebitur. Et hæc quidem efficere videbãtur, ut mortuo delegante, omnino delegans procedere non poſſet. Verũ utilitatis ratio ſuaſit aliud hic ſtatui, quod probatur ex *l. 6. de iuriſdict* quæ dum ait, confirmari mandatã iuriſdictionẽ ſatis innuit, citra legis aſsiſtentiã procedere delegatũ non poſſe, & hoc adeo non à nuda authoritate mandantis ſed à legis con-

firma-

Digitized by Google

firmatione proficiſci: quæ ſcilicet facit, ut interim procedere liceat delegato, dum alius magiſtratus creatur, cui procul dubio ius erit cauſam utcunque ceptam ad ſeſe revocandi: cæterum patientia ſua delegationem à deceſſore factam cenſebitur confirmare & reperere. Porro cum *in d.l.6 de iuriſdict.* re nō amplius integra delegantis iuriſdictionem confirmari traditur, illud videndum ſupereſt, quando res integra eſſe deſinat. Et ſunt qui etiam nondum facta citatione fundatam delegati iuriſdictionem putant, quos refert & refutat *Iaſon in l. 5 de iuriſdiction.* Sed communius receptum eſt, quod res integra eſſe deſinat per citationēm *Bart. in d.l.5 n 13. Bald. ibid. num 6. & 5. Zaſ. n. 45 & 57. Iaſon. col. 11 per C. c. 20. de offi. deleg.* per quod communiter correctum traditur *cap. 19. eod.* quod requirit litis cōteſtationem, unde fabella de Azone quod capit gratum, & capit. relatum eum fecerint vituperatum, dum ille non inſpecto *cap* 20. iuriſdictionem delegati litis conteſtatione demum perpetuari *ex cap. 19.* contenderet: niſi quis pro Azone dixerit *d. cap. 20.* verbum, maxime, accipiendū eſſe limitative, videlicet ſi delegat⁹ ignoret deceſſiſſe delegantem, vel alias ut in dubio valere intelligatur proceſſus. Cæterum *Cyn. in l. 5. de iuriſd. n. 8.* differentiam hac in re ſtatuit inter ius Canonicum & civile, ex quo opus eſſe exiſtimat litis conteſtatione. Verum cum ead. hic ratio videatur perpetuandi iuriſdictionem, quæ eſt in præveniendo, defendi poſſit etiam ex ratione iuris civilis rem integram eſſe deſinere per citationis emanationem, ſecundum hodiernum procedendi morem *Chil. Konig. in proceſſ. cap. 34. Gail. lib. 1. obſervat. 74. n. 18* etenim ex ratione iuris veteris de citatione proprie ſumpta inepte dubitetur, & vocationi in ius, quæ etiā à privatis fieri poterat, effectus iſte adſcribi non poſſit: ideoque opus fuit hinc aditione, illinc cauſæ ſuſcepta cognitione *argument. l. 18. de iuriſd. Scip. Gent. 2. de iuriſd. cap. 19.* Alia plane ratio eſt iudicis dati qui, licet re integra verbi cauſa prætor decedat, recte de cauſa cognoſcit, quia ab ipſo officio datus videtur *l. 49. §. ult. de iudic.*

LIT. B.

Citantis vero magiſtratus, &c.] Nulla hic cum præcedenti connexio: & alias ea ſub inepte hic affectatur, ſiquidem neque citatio præcipuum munus judicis eſt, neque remedia hic propoſita, præſertim actio de qua in fi. th. quicquam cum citatione commune habent: & in ſpecie actio de albo corrupto contra eum qui citationem verbi propoſitam, corrupit, non competit: & in *lege unic ſi quis ius dicenti*, non coercetur ille, qui non reſpondit ad citationem: & omnino hoc ſub diſputatio præceden. tradendum fuiſſet.

Inter actorem & fiſcum dividendorum.] At ita obſervari in popularibus actionibus, ubi res ad certum aliquem hominem non pertinet. Et ergo ſi ad certum hominem pertinet, totum erit actoris. Sed utrumque hoc membrum laborat: illud quidem, quia ibi potius totum debet eſſe fiſci, quod probat *l. fin in pr. de term. m. t.* hoc vero quia ſi iſto negligente alius agat, ad iſtum res non pertinebit, neque tamen hinc inter actorem & fiſcum diviſio inſtituetur. Et ergo diſtinctione hic opus eſt. I. inter actionis ex edicto propoſitionem, & eius in iudicio deductionem ut videlicet ubi actio popularis propter damnum alicui datum propoſita eſt, quicunque etiam agens, totam pœnam conſequatur. II. Inter rationem & formulam intendendi ſive agendi, & modum condemnandi, ſive potius exequendi: cuius diſtinctionis effectus ſpectatur in ijs actionibus popularibus, ex quibus agitur ad vindictam, ut tamen aliquando pars pœnæ addicatur, adiudicetur, vel quocunque modo tribuatur actoribus, loco præmii, quo ad vindictā illam experendam alliciantur: quæ ſpecies eſt *in l. 25. §. ult ad Syllan.* ex quo textu Treutl. male ſententiam ſuam comprobare conatur: vel quia à particulari male infertur, vel quia non ita intenditur illa actione, ut dimidium detur actori, ſed hoc tantum præmii loco actori tribuitur. Et habent omnino actiones populares non certam & eandem naturam, ſed quam ipſis prætor, vel aliis legiſlator dedit, eoque aliquando pars datur actori *l. 25. ad Syllan.* aliquando totum fiſco *l. fi. in pr. d. term. mot.* in quo labitur Gœddeus *in l. 12. de V. S. num 16.* qui ſemper pœnam vult eſſe actoris, quod eſt contra *d. l. 25. § ult. ad Syllan* ubi non iure actionis ſed præmii loco actor aliquid conſequitur, & contra *d. l. fin. d. term mot.* neque enim unquam cuiuſquam aures illam ferant explicationem *in publico dari, id eſt, ex populari actione dari* quin imo aperte ſignificant, fiſco illud dandum eſſe, ſicut *in d. l. 25. in prin.* ex publico dari, eſt ex fiſco dari. Plane in dubio pœnam actori applicandam totam facile admitto, *ut in l. 3. in prin. de ſepulch. viol. l. ult. de litig. l. 5. §. hac autem actio de his qui deiecerint. fac opt. mel. l. 12. de V. S.* quod ſi enim actor creditor dicitur, neceſſum eſt

Digitized by Google

eſt etiam reum eſſe debitorem: neque aut totum fiſco, aut partem tantum præmii loco actori tribui. ſiquidem hoc iure crediti aut actionis non venit. Neque poſſis textum generalem in *d. l. 12.* reſtringere ad eum caſum, ubi propter intereſſe privati actio popularis propoſita eſt: niſi porro ad eum etiam caſum, quo is agit cuius intereſt, reſtringere hoc velis quia reliqui illo negligente occupantes intereſſe proprium prætendere non poſſunt Idcoque ſtatuendum videtur contra Treutl. ex hac quoque actione albi corrupti, de qua *l. 7. & 9. de iuriſdict.* totum applicari actori: quamvis videam diſtingui hic poſſe, an vindicetur id, quo uni ex populo damnum datum ſit, vel dari poſſit, an ſecus, velut in ſpecie *d. l. 7. & 9. de iuriſdict.* attamen etiam in caſu *l. 3. de ſepulchr. viol.* nemini ex populo damnum datum eſt, & poteſt ſimpliciter in republ. ius populi læſum dici & ſi ſingula iſta momenta ponderētur, nihil unquam certi definiri poſſit, vide de hac re *Angel, & Ioh. Fab. in §. pœnales I. de act. & Zaſ. ibid. num. 16. Iaſ. num. 39. & ſeq. ubi ex Br.* refert & probat hanc theoricam: quod quandocunque Lex vel edictum introducat, & proponat actionem vel iudicium, perſecutio pœnæ debeatur actori. quod ut regulare eſſe admittam, habet tamē illud exceptionem velut *l. 25. § 1. ad Silan.* Porro ſententiæ illi, quod in dubio pœna ſit actoris, non obſtat *l. 42. in pr. de procur.* Ubi non ideo negatur dari poſſe procuratorem, quod actio ſit criminalis, adeoque pœna ad fiſcum pertineat, ſed quia ante litem conteſtatam omnium par & æquale ius eſt.

LIT. D & E.

Circa hanc actionem duo quæruntur I. quodnam ſit illud, quod *in l. un. ſi quis ius dicenti* à ICto appellatur extremum. II. qualis nam ſit hæc actio & ad quid detur. Quod ad prius attinet novem hic intellectus eſſe *in d. l. un. §. 2. ſcribit. Iaſ.* & Bulgarus quidem intellexit ea quæ concernunt executionem: quem intellectum ab omnibus reprobari ibidem tradit Iaſon: & Bartol. omnes præter hunc, tolerabiles intellectus eſſe pronuntiat: quippe quod in quacunque iudicii parte contumax mulctari à iudice poſſit: ideoque ipſis extremum eſt: principium medium & ultimum, quibuſdam principium & ultimum: quod Iaſ. ſuaviter ſcilicet confirmat à notatione verbi, *extremum*, id eſt, *extra medium*. Verum hi non animadverterunt, hoc edicto ſpeciale genus mulctæ, & ſpecialem actionē introductā, qua ſpecialis contumacia coerceatur, ut nō immerito ineptias illas Dd. reprehendat *Zaſ. 1. int. ſing. 2. per text. in d. l. un. §. 1.* Ait ICtus: veluti ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus eſt: (videlicet hoc edicto & hac pœna non tenetur; cæterum ſi & ſequentia refutavit, ſcilicet hoc edicto tenebitur) ſequentia autem nimirum ſunt: *ferri & duci* quæ qui fieri permittit, licet vindicari à ſe paſſus non fuerit, quaſi purgata contumacia hāc pœnam evitat. Secundum hæc rectior videtur explicatio Bulgari probata etiam Zaſ. ut extremum de executorialibus accipiamus, ſiquidem ipſe prætor ſententias iudicum datorum exequitur *l. 15. in princ. de re iud.* Neque movet obiectio *Ant. Fabr. in d. l. un.* (ubi tamen erronee ſententiam iſtam Dd. vulgo adſcribit) quod in executione nullum factum partis, ſed iudicis interveniat: quia hic non punitur tantum qui aliquid fecit, ſed qui facto iudicis obſtitit, & illud quo minus fieret, impedivit, per *dict. l. un. §. 1. ibi. ſi & ſequentia recuſavit.* Attamen hoc ad executiones, quæ ſententiam latam ſubſequuntur, reſtringi nolim: ſed omnino dixerim, omne illud hic extremum dici, de quo expediendo, ſive in iure ſive in iudicio tractatur, eoque omnem eum hac actione teneri, qui contumacia ſua efficit, quo minus magiſtratus, ad id. de quo apud ipſum agitur, pervenire queat, ideoque etiamſi tantum de extraiudiciali actu tractetur, verbi cauſa mittendo in poſſeſſionem ex primo decreto, imo ſi tantum verbi cauſa de cavendo damni infecti, edicto huic & pœnæ locum eſſe dixerim, quippe quod hæc reſpectu iſtius, quod in iudicio tractatur, extremorum habent rationem: quod non diſplicere videtur *Duaren. 1 diſp. 50.* imo fortaſſis fortius quis tentaverit, quamcunque contumaciam, poſtquam commiſſam ſubſiſtit prætor, hoc edicto coerceri: eoque hanc cōtumaciam extra pœnam iſtam eſſe, quæ porro procedente prætore, quaſi per pœnitentiam & patientiam ſequutam purgetur & elevetur.

Atque hæc de primo. Sequitur alterum, qualis nam hæc actio ſit & quid perſequatur, Et Treutl. quidem eam facit privatam, quæ ad id competat, ut reus contumax damno litis mulctetur: ſequutus *Duaren. ad titul. ſi quis ius dicenti & 1. diſputat. 50. & in apolog. adverſ. Baron. itemque Perennot. 1. animadver. 20. ex d. l. un. §. ultim. ibi. quanti ea res eſt.* Verū placet magis contra Treutler. eorum ſententia, qui hanc actionem faciunt popularem: quæ communis videtur Dd. qui teſte *Iaſ. in d. §. ult.* fiſco ex hoc edicto actionem con-

concedunt, quod ſequuntur *Zaſ. 1. intell. ſingul. 2. Cuiac. 2 4. obſervat 25. Scip. Gentil. 1. de iuriſdict.* 8. qui verba *d. §. ult* quanti ea res eſt, ita explicant, quanti contumaciam non parentis puniri publice intereſt. Et tamen etiam admiſſa altera explicatione, nihilominus popularem hanc actionem eſſe, defendi poteſt: ut ſcilicet dicamus, prætorem tanti voluiſſe æſtimare iniuriam ſuam quanti verbi cauſa res petita & abduci iuſſa fuit. Amplius licet privatam hanc actionem eſſe concedam, attamen ad hoc eam tantum competere, ut reus damno litis mulctetur, minime concedam; neque dubitabo, quin cum exactione mulctæ, nihilominus perſecutio rei ipſius concurrat perſæpe *d. l. un.* in qua dicitur coerceri contumaciam, eſſe pœnale iudicium, imo cõtinere meram pœnam, eoque nec poſt annum nec in hæredem dari, quæ ſane ſecus ſe haberent, ſi tantum rei verbi cauſæ petitæ æſtimatio in hoc iudicium veniret. Licet enim aliquãdo per calumniam poſſit eſſe inſtituta actio, & nihil fuiſſe debitum: attamẽ præſumptio eſt pro petente, & magis pro iuſſione & decreto magiſtratus, quod cum pro veritate habeatur, ſemper quod petitum eſt, debitum dici poteſt: & generaliter hoc obtinet, & ex natura ipſius actionis, ut ea meram pœnam continere dicatur.

Datur hæc actio etiam reo.] Hoc ita explicat, ſi actore cauſam relinquente in pendenti, reus per proceſſum in contumaciam ab inſtantia abſolvatur. Hoc vero ineptum eſſe apparet, ſiquidem hæc abſolutio, cum actione hac pœnali nihil plane habet commune: eoque ad alium caſum *§. 3. d. l. un.* neceſſario referendus eſt, de quo *Iaſon ibid. Zaſ. 1. intel ſing. 2. Cuiac. 24. c. 25.* Quæ ſequũtur lit. E. de bannito, contumace, expenſis, trina citatione, ut partim iterata, & alieno loco propoſita, partim etiam expedita faciliaque, & re... ſive tantum tractata, inſuper habemus.

LIT. F.

Tandem ne quid.] Hæc quoque affectata connexio nulla eſt: ſed quod ipſam rem attinet, imputat Treutl. Dd. quaſi ex levi quoque culpa edicto faciant locum. Atquin Zaſ. quem Treutl. pro ſe adducit, contrarium errorem Dd. imputat, quaſi hi neque ex lata culpa edicto faciant locum: & tamen apud *Bartol & Iaſon in l. 2. quod quiſque iuris*, hoc ſaltem reperio, quod imperitia aſſeſſoris latæ culpæ annumeretur: ex quo ſane male inferri videtur, latam culpam in ipſo iudice aut magiſtratu hoc modo coercendam non eſſe. Ex quibus apparet omnino falli Treutl. ſiquidem Dd. ne quidem in aſſeſſore hoc edictum admittunt, niſi ex lata culpa: quam ſcilicet illi in imperitia iuris, non magiſtratus, ſed aſſeſſoris collocant, *Bartol. Iaſon & Zaſ in d. l. 2.* ubi hoc commune teſtantur, quippe quod aſſeſſor peritiam iuris profiteatur. Et ergo edictum illud non tantum magiſtratum, ſed etiam aſſeſſorem coercet. *d. l. 2. ibi, ſed ipſi aſſeſſori*: quæ verba imperito interpreti imperite adſcribit *Ant. Fab. ib.* ex inepta ratione, quod edictum tantum comprehendat eum qui ius iniquum vel petiit vel ſtatuit: quia ſtatuiſſe quoque videtur, qui ius iniquum ſuggeſſit magiſtratui, & ita, ut ſtatueretur effecit.

In propria cauſa eo conſilio ſtare.] Nolim eo uſque hoc edictum extandi, quod hic neque aſſeſſor neque magiſtratus ſit: & durum videatur, adſtringere advocatum, ut perpetuo unam eandemque ſententiam ſequatur: cum etiam non videatur illicitum, ſequi aliquando probabilitatem, & præſertim in quæſtionibus iuris controverſi, amicitiæ vel favori aliquid dare. Poterit tamen ita accipi Treutl. ſi conſulens ſit in dolo malo vel lata culpa verſutiæ: quomodo ipſe Zaſ. eam ſententiam limitat.

THESIS X.

LIT. B.

Quia per reſponſionem ad poſitiones.] Negat hic per reſponſionem ad poſitiones induci litis conteſtationem *cum Gail. 1. obſ. 73. in fin. quod & notat Mynſ. reſp. 2. n 6. Maſc conc. 434 n 13. ex Bald qui in l un C. d. litis conteſt. col. 3. verſ 9. quaro*, diſtinguit, an reſpõſio referatur ad poſitiones an ad libellum: ex hoc fundamento, quod aliud ſit petitio aliud poſitio, & ut loquitur Gail. quod qui ponit, nihil petat. Verum ut hanc opinionem ita in praxi ſuo loco relinquamus, quæ fundatur expreſſo tex u *in. c. un. d lit. conteſt.* ea fortaſſis exacta ad veras rationes, dubia videri poſſit. Nam primo oppoſitio illa poſitionis & libelli, vitioſa eſt, cũ poſitiones procul dubio partẽ libelli faciant: imo cũ ex omniũ ſententia, quã lit. C. proponit Tr. libellus ſit quidam ſyllogiſmus Juridicus, ſyllogiſmi principales partes conſtat eſſe propoſitionem maiorem & minorem, adeo quidem ut à Logicis concluſio pars eſſentialis ſyllogiſmi eſſe negetur. Et ergo qui reſpõdet poſitionibus quibus continetur propoſitio maior & minor, etiam reſpondet libello 2. vitioſa videtur collectio: qui ponit non petit. Ergo qui reſpondet poſitioni, non cõteſtatur litẽ: quia ad litis cõteſtationem

Digitized by Google

tionem ſatis eſt oppugnari actoris intentionem & narrationem, & huic contradici: narratio autem illa & intentio conſiſtit in poſſeſſionibus: & quidem litis conteſtationem fieri per affirmationem & negationem, eamque induci, ſi reus neget narrata actoris, probatur ex *leg. prima Cod. d. lit conteſtat.* & apertius ex *leg. rem non novam* 4. §. 1 *Cod. de iudic.* & ipſorum practicorum recepta eſt ſententia, per tradita à *Marantaſ part.* 6 *tit. d. lit. conteſtat num.* 4. *Maſcard. d. concluſ.* 434. *num.* 1. *Menoch.* 2 *praſ.* 301.

Iur. Sax. quia libellus ſimplex ideo per reſponſionem &c] Patum ſubtilis videtur hæc ratio differentiæ: quia ita demum litis conteſtationem fieri ſubjicit, ſi reſponſio fiat ad ſingula libelli puncta & capita, inter quæ neceſſario continetur concluſio, itaque ſi etiam libelli articulati, cui itidem annexa eſt concluſio, ſingulis partibus reſpondeatur, omnimodo etiam litis conteſtatio facta dicenda erit.

LIT. C.

Olim iudicis proprium nomen.] Intelligit judicem pedaneum, quia judicem opponit prætori, quem certum eſſe dicit. Atquin hic judex initio nullus, ſed poſtquam à prætore datus erat, non minus certus fuit. Sed & amplius ideo hoc male, quod ex ratione juris illius, nullus libellus à parte conſcriptus, iudici pedaneo offerebatur, ſed partes ad eum mittebantur cum formula à prætore concepta, ſecundum quam, non autem ſecundum libellum aliquem ab actore conceptũ, iudex pedaneus iudicabat: in qua plane formula nomen iudicis exprimebatur. Oppoſitio quoque illa iudicis pedanei & prætoris, ſecundum veterem procedendi rationem nulla eſt: quia cum nullus plane libellus prætori offerretur, ſed ab ipſo prætore formula actionis peteretur, conſequenter fruſtra de nomine ſive proprio ſive officii exprimendo tractatur.

Cauſam vero remotam.] Traditio hæc Dd. quã ſequitur Treminus eſt accurata. Et rectius dicitur, quod in perſonalibus cauſa exprimenda ſit ſpecialis, ſed in actionibus realibus ſufficiat generalis: Scilicet nõ recte ago cõtra aliquẽ, quod mihi ſit obligatus: quia cauſa generalis incerta, vaga & indefinita eſt: ſed recte ago ſive vindico rem, quia mea eſt, & quia ejus dominus ſum: quia cauſa certa eſt & definita: cuius rationis ratio petenda eſt *ex l.* 14. §. 2. *d. except rei indic.* quia ex pluribus cauſis obligatum aliquem habere poſſum, ſed ex una tantum cauſa dominus eius eſſe poſſum. *Gloſſ. in l.* 1. *in princip. ff. de edendo. Salicet. in l.* 3. *Cod. de edend. nu.* 5. & 7. *Sich. ad Rubr. nu.* 6 *de Obliga. & actio.* Cæterum quo ad aliquos effectus, intereſt an quis in genere rem ſuam eſſe intendat, an adiecta cauſa, ex empto vel donato, de quo agitur *infr. diſp* 15. *theſ* 2.

Actionis nomen iure civili exprimendum] Hoc textibus allegatis non probatur, & *l. ult. Cod. de interd.* hoc ſtatuit, ut vitatis ambagibus ex cauſa interdictorum recta actio proponatur. Et ut maximè iure veteri ita obtinuiſſe dicas aliud tamen ſtatuendum fuerit, poſtquam & à Conſtantino *in l. prima Cod. d form* ſublatæ formulæ, & à Theodoſio *in l.* 2. *C. eod* ſublata impetratione actionum, conſtitutum ſufficere, ſi apta ſit actio & propoſito negotio competens *Sal. in leg.* 4 *n.* 2. *Cod de Interd. Sich. ad rubr. num.* 5. *de obli. & actio.* ſecundum quæ tempora etiam accipi poteſt quod ait *Iuſtin. in §. ultimo Inſtit. d. interdict.* omnia iudicia facta eſſe extraordinaria. Quin amplius ex ratione iuris veteris in libello nomen exprimendum fuiſſe inepte dicitur: verum iuxta narrata actoris formulæ conceptæ illud inſerebatur Ita ſcilicet ius olim fuit, ut ſecundum actionem petitam prætor conciperet formulam, qua formula re vera libellus continebatur, non autem illa petitione, qua actor formulæ & actionis conſtitutione à prætore impetrabat.

LIT. B.

Diſtinguit hac litera libellum conceptum in modum Syllogiſmi, ab eo qui in modum enthymematis conceptus eſt, hoc modo: quod in illo cauſa petendi tanquam propoſitio major præcedat narrationem, tanquam aſſumtionem, in hoc vero narrationem ſequatur. At vero cum in huiuſmodi libello ſaltem propoſitionum inverſio ſit & Enthymema hoc differat à ſyllogiſmo, non quod propoſitiones tranſpoſitæ, ſed quod una earum omiſſa ſit, apparet etiam, eum libellum Enthymematicum dicendum, non in quo cauſa petendi narrationem ſequitur, ut male cenſet Treutl. ſed in quo petendi generalis omiſſa eſt. Sententiam iſtam, quod Enthymema ſit argumentationis ſpecies: in qua alterutra propoſitionum omiſſa eſt, quoniam indubiam vocatur (licet à ICto exacta huius rei cognitio non requiratur & excuſatus ille ſit, ſi vulgo receptas opiniones ſectetur) pluribus confirmare libet. Deſcriptio Euthymematis apud Ariſtotel. 2. prior. Annal. c. 27. hæc extat, quod Euthymema ſit συλλογισμὸς ἀτελὴς ἐξ εἰκότων καὶ σημείων: ubi Pacius in notis prioribus ad verbum ἀτελὴς,

ἀτελὴς, adſcripſit rationem quia deſit una propoſitio: & cum eod. loco Ariſtotel. ſtatuat aliquod ſignum neceſſarium, ex quo concludatur in prima figura, abſurdiſſimum fuerit argumentationem ex duabus propoſitionibus neceſſario concludentem, appellare enthymema. Petrus Ramus lib. 8. ſchol. Dialect. c. 13. itidem enthymema imperfectum ſyllogiſmum eſſe dicit: & non ineruditus eius interpres Georgius Dunamus Britannus ad lib. 2. Dial. Rami c. 9. enthymema vocat ſyllogiſmum imperfectum & parte aliqua mutilum. Iul. Scaliger ſummus Philoſophus 3. d. art. poet. c. 71. enthymema, inquit, eſt ſyllogiſmus mutilus, cum altera ex duabus propoſitionibus in animos ſuppreſſa, altera cũ concluſione enuntiatur. Quintilianus etiam lib. 5. c. de argumentis, Enthymema vocat ſyllogiſmum imperfectum, & non totidem partibus conſtantẽ. Boetius qui ante mille annos vixit, enthymema definit 1. comment. in top. Cicer. ſyllogiſmũ imperfectũ, cuius aliquæ partes vel propter brevitatem vel propter notitiam omiſſæ ſunt: & 5. comment. in eod. top. quia, inquit, non totus ſyllogiſmus ponitur, enthymema dicitur: quaſi brevis conceptio mentis. Græcus ſcriptor Georgius Pacynerius in epit. organ. Ariſtot. enthymema diſtinguit à ſyllogiſmo, quod illud unam tantum eamque minorem propoſitionem contineat. Et hoc confirmari poteſt ex verbis Philoponi ad libr. 2. prior. analyt. *οἱ ἀποδεικνῦντες ἐκ τῦ σημείου διὰ μιᾶς προτάσεως ἀποδεικνύουσιν*: ut proinde licet apud Ariſtot. verbũ ἀτελὴς deleatur, eadem defendi poſſit ſententia, eo ſenſu, quod rhetores fere ſignis & veriſimilibus, & mutilo ejuſmodi ſyllogiſmo uti ſolent: etenim ita eſt, ut Pacius in poſterioribus comm. ſcripſit, quod quatuor manuſcripta, quæ in Bibliotheca Palatina ipſe inſpexi, verbũ illud non agnoſcunt: ſed agnoſcit manuſcriptum quintum, agnoſcit optima editio Silburgij, agnoſcit editio Princeps, quæ manuſcripti loco eſt de anno 495. Aliter plane accipit enthymema Cic. in topic. & Quintil. dum illud definiunt argumentum à repugnantibus, quod & notat Petr. Ramus d. l. 8. ſchol. Dial. cap. 13.

THESIS XI.

Lit. A.

In petitione hæreditatis & in dote.] Quod in dote admittatur libellus generalis & incertus *poſt Bartol. tradit Iaſon in l. 1. in princip. de edend. colum. 1. in fin.* duplici ratione, I. Quod dos ſuccedat loco legitimæ. II. Quod incerta dotis promiſſio valeat. Utraque ratio nihil concludit: non illa, quia & quod præſupponitur verum nõ eſt, & ſpecialis ratio legitimæ eſt, quæ ſive pars hæreditatis, ſive bonorum dicatur, de quo infra *diſp. 13. t. 16.* nihilominus quia univerſitatis quota eſt, ſub certa deſignatione peti non poteſt: non etiã hæc tum quia id ſpeciale eſt iuxta *l. g. 3. Cod. de dot. promiſſ.* tum magis quia hic non de dote promiſſa petenda, ſed de dote tradita repetenda quæritur. Sed verior ratio eſt, quod dotis fructus tum ante, tũ poſt matrimoniũ ſolutum percepti, itẽque alia, quæ in fructu non ſunt dotem, augere dicuntur *l. 6. l. 31. §. ult. ſol. matrim. l. 5. de impenſ. in res dot. fact.* ut adeo admittendus ſit libellus, quo ſimpliciter petitur reſtitutio dotis fieri. Sed illud ferendũ non eſt, quod cum Bartolo ad *Rubr. ſolut. matrim.* dotem cũ hereditate hac in re comparat Treut. cum tamẽ dos eiuſmodi iura activa & paſſiua minime contineat, & omnino ab hereditate diverſiſsima ſit, & nominatim quoad hanc materiã, quod in petitione hereditatis incerta etiã fertur ſententia, & heres quis declaratur, cui ſcilicet alias remedijs & civilib. & prætorijs, quibus res ſingulas perſequatur, proviſum eſt: quod ſecus eſt in actione dotis, ubi incertitudo libelli in proceſſu declaranda & ſuper reſtitutione ſingularũ rerũ ſententia ferenda eſt, quoniã nullum aliud jus hic habet actor, cuius poteſtate res ſingulas queat perſequi: quã ſententiã bene etiam *contra Bart. & Iaſ.* propugnat *Zaſ. ad rubr. ſol. matrimon. n. 16. & ſeqq. uſque ad 24.* de quo etiam *infra part. 2. diſp. 7. th. 1. lit. B.*

Lit. B.

Nec alternative conceptus.] Satis frigide hic tractat de libello alternativo. Scilicet alternativa vel eſt ex L. velut ex cauſa actionis noxalis, & de quo mox, remedij, *l. 2. Cod. de reſcind. vend.* vel ex conventione partium, quã ſpeciem plane omiſit Treutl. & quo caſu non dicendũ eſt admitti libellum alternativum, ſed omnino alternative petendum eſſe, quod alias actor plus petere dicatur, per textum expreſſum *in § plus autẽ 34. verſ. huic autem I. de actio.*

Niſi in actione hypothecaria. Exiſtimat ſcilicet cum Gailio & aliis, ita agendum eſſe, ut res reſtituatur vel pecunia ſolvatur. Verum hanc ſententiam falſam exiſtimo: tum quia hæc actio eſt in rem, *l. 17. de pignoribus.* in quam præſtatio perſonalis, ut debitum ſolvatur, venire non poteſt: tum adeo, quia quod non eſt in obligatione,

Digitized by Google

in actionem deduci non poteſt: ceterum diverſa plane eſt obligatio debiti, & ex diverſa plane cauſa deſcendēs, ex qua non poſſeſſor qui nihil contraxit, ſed ſolum debitor cōveniri poteſt facit, quod ex cauſa huius actionis non poteſt eſſe alternativa condemnatio, qualem alternativa requirit petitio *argum. l. 6. §. 1. de re iud.* Neque obſtat, quod ſi poſſeſſor conventus ſolvat debitum, abſolvitur *l. 16. §. 4. de pignor.* quia hoc fit ex accidenti, quod ſoluto debito & obligatione principali ita ſublata, acceſſoriam quoque pignoris obligationem, in qua actio hypothecaria fundatur, extingui oportet, quæ quocunque etiam alio ſolvente finitetur. *argum. pr. l. quibus modis toll. obl. l. 23. de ſolut.*

Et in materia l. 2. C. de reſcind. vend.] Deciſio huius quæſtio petenda eſt ex iis quæ traduntur *infra p. 2. diſput. 2. th.* 10. an res ipſa vendita, an pretium, an utrumque ſit in obligatione: quod poſterius affirmandum erit ſiquidem alternative agendum ſtatuamus: unde apparet errare *Tr. d. th.* 10. Vbi ſicut & hoc loco alternativū libellum requirit, & tamen rē tantum in obligatione eſſe affirmat: quo poſito libellum alternativum neceſſarium non eſſe conſequitur, ut recte diſputant *Cynus in l. 2 C. de reſcind. vend. Bald. ibid. quæſt. 15. & ib. Salic. n. 24.* Cæterum cum hic ad reſcindendū contractum agatur, nec hoc nec illud videri poſſit in obligatione eſſe, velut in ſimilibus caſibus, quibus agitur ad contractum reſolvendum *l. 11. §. 5. & 6. d. act. empti l. 6 C. eod. l. 6. §. 1. d. contrah. emt.* niſi quis obligationem conſideret quatenus à lege quaſi introducta videtur *velut ex l. 2. C. de reſcind. vend.* emptor aut pretium ſupplere, aut rem reſtituere obligatur. Et tamen cū illud remedium reſciſſorium ſit, magis eſt cōtra Treut. ut ad rem tantum reſtituendam ſit agendum, pretium autem ſit in ſolutione, quo præſtito neceſſitatem reſtitutionis emptor evitare poſſit: de quo pluribus *d. Tr. diſp. 2. p. 2 th.* 10.

THESIS XI.

Lit. A.

Offertur primum iudici] De hoc ſupra actum eſt th. 2. ubi notavimus, juri civili fortaſſis per ipſam authent. hic allegatam magis convenire, ut libellus recta reo in judicium vocato, offeratur.

Lit. B.

Qua exhibere debet.] Imo cui exhiberi debet. Eſt alias hæc quæſtio ab hoc loco aliena, & pertinet ad diſp. præc. th. 8 ſiquidem ibi procul dubio libellus offerendus eſt, ubi reus forum ſortitur & cōveniri poteſt: qua de cauſa vitioſè hic locus obligationis omittitur. Illud autem parū cōgruum, quod ait offerendum eſſe in loco domicilij, ſi pluribus locis bona reus poſſideat: quia, ut ipſe ſubjicit, nullo eorum locorum, quo bona poſſidet domicilium habere poteſt: ſicut nec illud ſatis bene, quod ſi reus domicilio deſtituatur; ibi offerendum dicit libellum, ubi maximam bonorum partem poſſidet. Rectius omnino dici videtur, ſi de domicilio certo non conſtat, præſumi ibi quem domicilium habere, ubi maxima eſt pars bonorum. Cæterum commiſcere videtur generalia cū ſpecialibus, quod ex Menochio allegato, *rem. 4. adipiſc. poſſ* colligitur, qui eo loco diſputat de caſu ſpeciali, cum quis ex rem. *l. ult. C. de edict. divi Hadriani* in poſſeſſionem mitti petit. Et tamen quæ Tr. hic tradit, huic caſui accommodari non poſſunt, quia miſſio hæc in eo loco ubi hereditaria bona ſita ſunt, petēda eſt, neque hic ſemper libello opus, ſed fortaſſis ſola teſtamenti non cancellati exhibitio ſufficit: utique ea frequenter citra conſiderationem alicuius rei vel contradictionis peti & impetrari ſolet.

Lit. C.

Et exceptionibus à reo propoſitis. Aut hanc exceptionem non capio, aut ea ſubinepta eſt: quoniā hic agitur de libello, qui offertur judici ad inſtruendum judicium, & ab omnibus definitur ſcriptura continens intentionem actoris: & aliena eſt ab uſu loquendi hæc ſententia, quod in libello exceptiones rei proponantur. Verum utcunque ſumas, nec illud capio, quomodo exceptiones rei ſemper ſine ſcripto proponi, poſſit affirmari.

In cauſis ſummariis] Rectius dixiſſet in proceſſu ſummario: ſiquidem omnes cauſæ regulariter ordinariæ ſunt, ut notat *Zang tr. d. except. p. 1 c. 1. num* 58. ſed per delegationem principis, ut in iis ſummarie & de plano procedatur, effici poteſt. *Zang. d. tr. p 1 cap. 2. Marant p. 4. diſt. 9.*

Lit. D.

In cauſis vilium perſonarum.] Abſurdum videtur ut propter qualitatem & conditionem perſonarum varietur proceſſus: neque dubium eſt, quin etiam à vilibus perſonis eius momēti cauſæ quæ plenam cognitionem & proceſſum deſiderent, in judicium deduci poſſint.

Cum Epiſcopus inter ſudditos.] Nimis hoc generaliter affirmatur, nec putem verum, cum Epiſcopi ordinariam juriſdictionem in ſubditos hodie habeant: ex quo reſponſio expedita *ad Nov.*

Digitized by Google

83. quæ tractat de nuda audientia, & ſancit, ut cauſæ Monachorum, antequam ad judicem civilem perveniatur, coram perſona Eccleſiaſtica ſummariè & de plano audiantur.

In accuſatione apoſtata.] Nec hoc probatur ex *l.4.C. de apoſt.* & imo quanto gravius delictum, graviorque pœna, tanto cautius & accuratius procedi oportet: & cum regulare ſit, ut vel maxime in criminalibus libellus requiratur, exceptionem allegantı perſpicue eam probandi onus incumbet.

In poſtulando ſuſpecto.] Fruſtra ad hoc allegatur §. *conſequens Inſt. de ſuſp. tut.* in quo hoc tantum dicitur, accuſationem eam eſſe quaſi publicam: ex quo ad negandam offerendi libelli neceſſitatem nihil infertur & vero cum hæc cauſa gravis & famoſa ſit *l. non ſolum 39. §. ult. de procurat.* regulariter libello opus erit.

In notoriis criminibus.] Si per viam accuſationis procedatur, notorie hoc falſum eſt; quin & notorietati in criminalibus non facilé locus dãdus eſt ad eum præcipue effectum, ut ſolennis & ordinarius proceſſus omittatur: cum præſertim etiam, ſi crimen notorium ſit, exceptionibus tamen reus defendi poſſit: Et nihil facit pro Treut. *l.1.C. de falſ. mon.* neque *l.7.C de accuſ.* quę tractat de delatione officialium, quæ non deſiderat ſolennia accuſationis. Cæterum cum Tr. adeo exacte multos caſus enumeret, ejus ſententiæ conſequens videtur, ut in aliis omnibus cauſis neceſſario requiri libellum ſtatuamus: quod tamen difficile dictu videtur, & fortaſſis hic etiam inter judicia fuerit diſtinguendũ, neque dubitem in inferioribus præſertim hoc introduci poſſe, ut cauſæ quævis citra ſcriptum oretenus proponantur *Chil. Konig. in proceſſ. c. 38. in fin. & c. 39. §. 5.*

THESIS XIII.

LIT. B. & C.

Aliis urbanitatis, aliis neceſſitatis.] Male hoc in medio & dubio relinquit, cum liquidum ſit, clauſulam iſtã neceſſitatis eſſe non poſſe: quandoquidem citra interpellationẽ actio naſcitur, & conſequenter etiam recte in judicium deducitur: & vero ante actionem propoſitam nõ neceſſum eſſe denuntiare reo, tanquam ab omnibus receptum tradunt *Ioh. Fab. Angel. & Iaſ.* & cæteri interpretes. *Inſt. in § appellamus. 15. Inſt. de actionib.* Vide de ead. denuntiatione. *Iaſ. in l. certius de reb. cred. col. 2.*

Peto reum condemnari.] Atquin hæc non clauſula, ſed ipſa petitio eſt, in libello vel maxime neceſſaria.

LIT. D.

Tractatur hic quæſtio de mutatione libelli an & quo uſque ea ſit licita. Et Tr. quidem diſtinguit interrationem procedendi & agendi ex jure veteri & novo, ita ut jus vetus illi ſit, quod ante Zenonẽ, novũ, quod poſtea obtinuit Atquin hæc diſtinctio rem non expedit, imo revera cõmittitur fallacia diverſæ quæſtionis: quia Zeno periculum plus petitionis ſuſtulit, ne quis propterea caderet cauſa: aliud autẽ eſt licere mutare libellum citra periculũ amiſſionis cauſæ, aliud, licere mutare ſalvo & manente eod judicio: ſiquidẽ illud ita licere poteſt, ut tamen alio ſit opus judicio: quod ex jure veteri apertiſſimũ eſt, quo qui aliud pro alio petierat, actionẽ nõ amittebat, ſed novâ actionem petere, novumq; judicem & judiciũ impetrare neceſſe habebat. Zeno autem in univerſum conſtituit, ut mutare libellum liceret, verũ an eod. an diverſo judicio hoc liceat, inde non traditur expeditum. Eam rem ut paulo altius arceſſamus, ante omnia inter judicem pedaneum, & magiſtratum, qui ipſe cauſam cognoſcit, ad rationẽ juris Romani diſtinguendum eſt. Quod ad illum attinet, ſub diſtinctione opus eſt inter judicia ſtricti juris & bonæ fidei, in quibus propter verba, ex bona fide, & ex parte actoris & rei, additioni, & ita, ut loquuntur Dd alterationi & emẽdationi libelli poterat eſſe locus, ſed in neutris libellum aut formulam, quippe ab ipſo prætore cõceptâ mutare licebat. ita ut vel aliud vel plus peteretur: ſed judex omnimodo ſecundũ formulã aut condemnabat aut abſolvebat. Ex quo fiebat ut vel actor aliam formulãimpetrare neceſſe haberet, aut ſi plus petiiſſet cauſam plane amitteret Etenim ſi verbi cauſa 50 aut calẽdis Martiis debebantur, centũ, aut calendis Januarii ſibi dari petiiſſet, formula ſecundũ petitionẽ data, *ſi apparet reũ centum aut calendis Ianuarii debere, iudex condemna*, ubi reus poſtea judici ſe quinquaginta tantum, aut demum calendis Martii debere approbaſſet, iudex ſecundum formulam reum quem condemnare non poterat abſolvebat, & actori iterum petenti obſtabat exceptio rei judicatæ, *quod ea res in iudicium veniſſet argum. § pen. Inſtitut. de except.* Vnde jocus *Cicer. 1. de ora* in Octavium recuſantem, ne adverſarius cauſa caderet quod ſcilicet, cum contenderet adverſarium plus petere, eo ipſo periculo amittendi cauſam eum liberabat: *& eod. loco* irriſio alterius qui patronus rei formulæ inſerendum contendebat, *cuius pecunia dies veniſſet.* qua omiſſa reus

poſtea præmatura actoris petitione approbata abſolutus fuiſſet. Quibus conſequens eſt. 1. exceptionem plus petitionis nõ in iure apud prætorem, ut inſereretur formulæ, ſed coram iudice pedaneo fuiſſe proponendam. 2 periculo plus petitionis etiam locum fuiſſe in actionibus bonæ fidei, contra quam male exiſtimat *Hottom. 8. obſervat. 3* tum per d. locum Cicer. ubi de actione tutelæ tractatur, quod Hottom. male ad actionem de rationibus diſtrahendis reſtringit: tum quod clauſula *ex fide bona*, & facultas ſtatuendi ex bono & æquo non operatur ut aliquid contra ſed tantum ut præter formulam iudex poſſit: & quod incertum petatur, in pleriſque bonæ fidei actionibus falſum eſt. Plane ubi loco plus petitur, poterit ſententiæ Hotomanni eſſe locus *argum l. 7 de eo quod certo loco*, quoniam hic tantũ plus petere dicitur ratione eius quod rei intereſſe poteſt, cuius æſtimatio à iudice in bonæ fidei actionibus fieri poteſt. Sed ut de diverticulo in viam redeamus, poſito iſto more dandi iudices, etiamſi pœnam plus petitionis ſublatã proponas, verum tamen erit, poſt conceptam formulam, & poſtquam ad iudicem partes miſſæ ſunt, libellum mutari non potuiſſe, quia iudex ſuper alios & aliter quam formula continebatur iudicare non poterat, eoque nova interpellatione opus erat. Et hæc de priori membro iudicis pedanei. In altero, ubi ipſi magiſtratus cognoſcunt, ſiquidem periculo plus petitionis, locum eſſe dicas, iis caſibus quibus plus petitur, ad rationem proceſſus hodierni, quo libellus à parte ipſa conceptus iudici offertur, fruſtra de mutatione eius diſputabitur. Cæterum reliquis caſibus, & omnimodo ſecundum ius, quo propter plus petitionem non amittitur actio, quæſtioni huic locus eſt, an eod. iudicio liceat mutare libellum: quod Dd. communiter poſt litem conteſtatã fieri poſſe negant, pro quibus facit nõ rã N. 112. c. 3. quæ loquitur de deſiſtente & tergiverſante, non de mutante libellum; (quod etiam reſpondet *Ioh. Fab. in §. ſi minus l. de action. & ſequitur ibid. Iaſ. nu. 13* contra eos qui per d. Auth. correctum putant. *d. §. ſi minus.*) quam potius quod cum per litis conteſtationem iudicium accipiatur, non poteſt niſi ſuper alia re & cauſa acceptũ dici, quam aut ex qua reus ſe debere negavit, & porro cum litis conteſtatione quaſi contrahatur, *l. 3 §. 11. de pecul.* ſi alia cauſa aut alia res proponatur, ſuper illa contractum & acceptum iudicium hic intelligimus, quomodo Tr. definit diſput. 12. th. 1. diſceptationem ſuper re controverſa qua re mutata ſive cauſa mutata, non poteſt videri ead. diſceptatio. Ubique nova cauſa & res nova novam facit petitionem. quam neceſſario ſequi debet nova conceſſio dilationis, ut reus ſciat an cedere an contendere debeat *argum. l. 1. de edend. auth offeratur C. de lit conteſt.* & porro nova ſequetur contradictio, quæ litis conteſtatio eſt *l. 14. § 1. C. de iud.* Quibus admiſſis, & vero ea neceſſario admittenda ſunt, difficulter novum iudicium negabitur, maxime ſiquidem expenſas litis non recte moræ præſtandas, & quod hoc loco Tr. admittit, reum à priore actione, ſtatuas eſſe abſolvendum, *vide Salic. in l. 3. n. 13. C. de edendo. Sich. in Auth. qui ſemel. n. 11. & ſeqq. Quomod. & quand. Iudex.* Cæterum quia res coram ead. perſona tractatur, ſic ut ea diverſitas iudicii vix appareat, propter tractationis continuationem, & quaſi ſubrogationem: ut hinc fortaſſis non abſurde explicari poſſit. *§. ſi minus 34. l. de act.* in verbis, eodem iudicio, quib. ſcil. Iuſt. hoc ipſum quod diximus innuat, & eandem perſonam iudicantis reſpiciat, diverſitatem ſignificet, iuris novi & veteris ſecundum quod in caſu propoſito aliud iudicium aliusque pedaneus iudex petendus erat. Nec abſurde dicemus, probato errore, ad vitãdas ambages, citra novum libellum, ſubrogata nova illa cauſa vel alia re in eadem inſtãtia condemnationem fieri videri: quæ eſt ſententia *Iohan. Fab. in §. ſi minus. I. de action.* quam etiam ut magis amicam literæ d. §. ibidem probandam cenſet *Iaſ. num. 22.* Ex quibus, ut hanc diſputationem abſolvamus inferri poteſt, controverſiam iſtam de mutatione libelli, eodem vel diverſo iudicio facienda in verbis magis quam in re ipſa conſiſtere: ſiquidem in hoc inter omnes convenitur, quod lis non pereat, ſeu error coram eod. iudice & magiſtratu mutari poſſit. Illud tamen forte quis tentaverit, abſolutionem eam cuius meminit. Tr. uſque ad finem iudicii reſervandam eſſe: ſed illud vix tentare liceat, quod mutatio libelli retrotrahatur, & perinde habeatur, atque ſi ab initio libellus ita propoſitus fuiſſet; quoniam dilatione reo conceſſa & nova declaratione & reſponſione opus eſt. Et apparet ergo quod ab initio dicebamus, diſtinctionem Tr. inter ius quod anteceſſit & ſequutum eſt Zenonem, nullam, aut certe mancã & imperfectã eſſe.

De iure Saxon. aliter proviſum Guarendam.] Non obſcure hic offendit Tr. quod cum præſtationis Guarend. hunc ſtatuat effectum, ne amplius poſſit mutari libellus, ſtatim tamen ſubjicit eãdem eſſe eius vim & poteſtatem, quæ eſt

cautio-

Digitized by Google

cautionis ex jure civili de perſeverando in lite. Quod ſi ita eſt, etiã jure civili poſt eam cautionem præſtitam libellum mutare non licebit: quod & repugnat veritati, etenim cautio illa nõ errantem ſed tergiverſantem & calumniantem coercet, & ipſi Tr. qui hac ipſa litera ex jure civili mutationem libelli etiam uſque ad ſententiam admittit. & hic ita diſputat, ut differre exiſtimet hac in re jus civile & Saxon. cum quo rurſus non ſatis convenit, quod in extremo literæ etiam hoc jure refuſis expenſis libellum mutari poſſe concedit, quod antequam juri civili proprium propoſuerat. Cæterum quomodocũque hæc proponat Tr. proculdubio verum eſt, Guarendam nõ alio ſpectare, quam quo ſpectat cautio introducta à Juſtin. N. 112. *cap. 3.* videlicet ad coercẽdam calumniam & tergiverſationem, & ut ex ca teneatur, qui poſt vexatum reum litem omitti & deſerit: atquin qui ex juſta cauſa animadverſo errore mutat libellum, nec calumniari nec tergiverſari, neque à lite deſiſtere dici poteſt: quod ſuper citato loco *Ioh. Fab. in §. ſi minus & ex eo Iaſ. ibid. n. 13. tradunt.* Secus enim ſtatuemus in eo qui dolo malo falſam cauſam in judicium deduxiſſe, aut aliud petiiſſe convinci queat: pernotata à Jaſon. d. loco.

DISPVTATIO V.

DE SATISDATIONIBVS, FERIIS ET DILATIONIBUS.

Reſpondente.

IOANNE PAVLI Dantiſcano.

THESIS I.

LIT. A.

H*Ic pro actu præparatorio.*] Equidem in hac materia ſatiſdationis verbo frequentius utuntur ICti: cæterum nimis videtur reſtringere uſum cautionis, dum accipit eam pro actu judicii præparatorio: tũ quia quædã cautiones vel ſatiſdationes. verbi cauſa de quib. tractatur *in l. 7. § 1. & l. 8. § tutor h. t.* ad præparationem iudicij non pertinent: tum quia etiam poſt cæptum judicium aliquæ cautiones interponuntur, cujuſmodi ſunt quæ dicuntur judiciales §. 1. *Inſt. de divis. ſtipulat. l. 18. & 21 in fin. de rei vind.*

Quæ in locum veteris rigidi iuris.] Hic vero perſpicue offendit Treutl. Nimirũ in theſi de cautione in genere agere cœperat, eiuſque effectũ & finem generalem propoſuerat, *ne quid in iudicio fruſtra fieri metuatur*: iſtis autem verbis, *quæ in locum rigidi iuris, &c.* ad effectum & cautionẽ ſpecialẽ de iudicio ſiſtendo, abſurde delabitur. Verum & de hoc dubito, an ſatiſdatio de ſiſtendo in locum veteris illius juris, quod ſcilicet intelligit Treutler. recte ſucceſſiſſe dicatur Equidem phraſis incongrua eſt, cautionem ſucceſſiſſe in locum juris: ſed & res ipſa non ſatis liquida: neque unquam permiſſum fuiſſe exiſtimo, ut ſatiſdare paratum in jus rapere liceret: neque ſatiſdatio illa ad raptionem, ſed ſimpliciter ad ſequendi neceſſitatem evitandam, pertinuit: quod alias qui non ſequitur in edictum prætoris incideret: & ut jam notatum diſputat præced. non paſſim nec quoſvis in jus ita rapere permiſſum fuit. Cæterum apud Iaſonem allegatum & Dd. nihil tale eſt, neque eſſe poteſt: quod illis violenta illa raptio penitus fuit incognita.

A lege vel magiſtratu.] Rectius dixiſſet, *ex edicto* quod proprie lex non eſt, & ex quo tamen pleræque cautiones deſcendunt. Cæterum nec recta hæc oppoſitio eſt, quia cum de impoſitione cautionis loquatur actuali, lex ita nullam cautionem imponit, ſed edicto introductam magiſtratus præſtare jubet: eſtque hæc una eademque, non diverſa aut duplex cautio. Cæterum cum effectum cautionis iſtius hunc unicum ſtatuat, ut evitetur violenta raptio, conſequenter male explicando ſubjicit, eam imponi à magiſtratu: quia ubi ad hunc perventum eſt, nullius amplius raptioni locus eſt: & omnino per quam cautionem ſæpe dicta raptio evitatur, de illa extra iudicium tractari oportet: niſi quod aliquãdo ubi paratus eſt reus cavere, ad magiſtratum iri poteſt, ut de modo cavendi & tempore conſtituatur. Et ergo, poſtquam dixerat initio lit. in locum cautionis raptionem introductam eſſe, vitioſe ſubjicit, *eſtque hæc neceſſaria, hoc eſt à lege, &c.* Siquidem potius ad cautionem extraiudicialem referri hoc debebat. Vtique illa verba ita comparata ſunt, ut præcedentia reſtringant: cum tamen ipſe Treutl ſtatim etiam extra judicium caveri poſſe admittat. Ideoque minime dicendum hoc erat reſtrictive, eſſe eam cautionem neceſſariam, ſed diviſio eius ſtatim ſubjicienda erat. Notanda hic etiam æquivoca uſurpatio verbi *iudicium*, quo hic Treutl. utitur pro jure: quia apud ipſum prætorem non apud judicem pedaneum de iſta ſatiſdatione tractatur. Verum ad explicationem huius rei de duobus

Digitized by Google

videndum eſt: an duplex hæc cautio, an una & ſimplex? & an una ſpecies neceſſaria recte dicatur. Vtrumque affirmat Treutler. Sane proprie loquendo voluntariæ tantum videntur dicendæ ſatiſdationes conventionales, quæ videlicet inter contrahentes interponuntur: cæteroquin ſuo ſenſu nec prætorias omnes dici in uſu juris neceſſarias, ſatis colligitur *ex l. 7. §. 1 l. 8. §. tutor. h. t.* ubi dicitur mittendus in municipio, ut ibi caveat: quod neceſſaria ſit datiſdatio: ſecundum quæ ſpecialis videri poſſit hic notio verbi, *neceſſarium*, & ſignificare cautionem, quæ ex edicto quaſi ipſi rei & actui annexa eſt: & ut non male notat *Caſtrenſis add. l. 8. §. tutor.* cautio neceſſaria ſit, quæ petitur vel per modum agendi vel etiam aliquando excipiendi. Quibus conſequens videtur, ut cautio de judicio ſiſtendo, potius voluntaria dicenda ſit: cum etiam ipſe Trent eam quæ extra judicium præſtatur, voluntariam eſſe ſtatuat: neque vero locus in quo præſtatur, diverſitatem inducere poteſt, cum præſertim, ut ſtatim ſubijcit Tr ſuper cōcipienda ſtipulatioue & adijcienda die poſſit adiri magiſtratus, ut tamen cautio voluntaria maneat: & alias quoque hæc cautio non ex officio, ſed petente parte imponitur: neque dubium eſt, quin etiam cautiones quæ in ſpecie dicūtur neceſſariæ, extra judicium recte præſtentur. Statuemus itaque, unicam eſſe hanc ſatiſdationem de iudicio ſiſtendo, eiuſque unam & ſimplicem naturā, eandemque eſſentiam, ſive extra judicium ſive in judicio, aut potius in jure præſtetur, aut imponatur: quomodo etiam Dd ad hunc titulum de ea tanquā ſimplici video tractare. Ex quibus etiam colligere licet, non recte ſe habere definitionem ſive deſcriptionem cautionis neceſſariæ, quod ſit ea quæ à lege vel magiſtratu imponitur: nā & cautio natura ſua voluntaria, poteſt aliquādo a magiſtratu imponi: & alias ſequeretur, omnes cautiones prætorias, imo omnes quę ex edicto ædilium V. C. circa venditiones rerū præſtantur neceſſarias eſſe: quæ tamen uſurpatio verbi ab uſu juris omnino eſt aliena.

Sibi mutuo cavere.] Vtique reus tantum cavet de iudicio ſiſtendo: eoque non intelligo, quo ſenſu dicatur litigantes *ſibi mutuo*, cavere.

A priori multum differt] Nullam ſpecificam hic differētiam eſſe jam oſtendimus: & ratio ſubiecta, *quia in hac ſtipulatoris, &c.* nec perpetua eſſe poteſt, neque veram differentiam inducit, neq; vera eſt: tum quia prætoris nihil intererat, quomodo inter partes conveniret: tum quia, ut paulo ante dictum, in caſu præſtitæ illius cautionis, ad evitandam rationem, qui ipſo Treut. autore, præcipuus, & tantum non unicus eſt hujus cautionis effectus, dies a prætore aſſignari non poterat.

In pr. l. 8. verba illa, ſi non conveniat.] Quæ Pacius citato loco tradit, pertinent ad conciliationem *l. 8. h. t & l. 1 ſi quis cautionibus.* Quæ tractatio aliquando hinc alienior: & tamē inter iſtos textus vix in ſpeciem etiam pugna eſt, neque ſatis bene aut plene hoc explicatum Pacio aut expeditum. Scilicet intereſt, an promittat quis ſe aſtiturum aut exhibiturū in alio loco, aut ipſo loco in quo promittit, aut eum qui in eo loco eſt. Hoc caſu nulla Pacii diſtinctio eſt. Jllo caſu ſpatium quidem laxius aſſignari poteſt anguſtius nō poteſt: eoque ſimpliciter verum non eſt, conventione partium diſpoſitione *l ſi quis cautionibus, &c.* derogari poſſe

Diſſentiunt communiter Dd. in pr d. l. 8.] Sentētia quam hic Dd. imputat ex præmiſſis non confutatur: neque admiſſa diſtinctione illa Pacii, ſolide inferri poteſt, textum *in l. 8 in pr.* de concepta ſtipulatione, explicari non poſſe. Cæterū quod ipſam rem attinet; I. Nihil abſurdi eſt *d. l 8 in pr. h. t.* ad caſum ſtipulationis conceptæ referre, ut videlicet ſi dies omiſſa ſit, ſuper ea determinād a ſtatim prætor adeatur: non obſtante *l. 115. in pr. de verb. obl* vel quia ſpeciale eſt in ſtipulatione & ſatiſdatione prætoria *Bald. in d l 8 in pr.* vel, ut *ib. Caſtrenſ.* in ſpecie *d l 115.* dies de qua ut adjiceretur conventum erat per errorem fuit omiſſa, vel etiā, quod ſtatim adjicitur, autore prætore, perinde habendū eſt, ac ſi initio adjectū fuiſſet. II. Injuriam facit Dd. quaſi illi *d. l. 8 in pr.* præciſe ad caſum ſtipulationis conceptæ referrent: ſiquidē Gloſſ. utramque lecturam, de concepta ſive interpoſita & interponēda ſtipulatione, proponit, & ita quidem ut in hanc poſteriorū Irnerii pronior eſſe videatur: quam etiam magis videmur probare *Caſtrenſ & Bartol. ibid.* ubi notant ſecūdum iſtam lecturam de interponēda ſtipulatione nullū obſtare contrariū. *& ibidem Bald* utrāque lecturam bonam eſſe pronuntiat: quæ etiā eſt ſententia *Iaſo. ibid.* ubi in pr amplius refert *Ang. Alex. & Fulg* exiſtimantes, quod explicatio textus, de interponenda ſtipulatione, magis ſit amica literæ.

Emblema Triboniani.] Hoc in medio relinquo, & forte tamen ut hoc ſtatuamus neceſſum non eſt: rationi ſane convenit, ut magiſtratus hic partes ſuas interponat. Vtique tanto minus

Treutle-

Digitized by Google

Treutlerum hoc dicere pareret, qui paulo ante ad eum locum Pacii explicationem probaverat, qui nihil hic adſcribit Triboniano: ſed verba illa, *moderato ſpatio, &c.* tanquam à ICto adjecta exponit.

Quia in litis præparatoriis.] Regula iſta vulgata, qua actores in præparatoriis favorabiliores eſſe dicuntur, non uſqueadeo abſurda videtur, & hac ratione juvatur, quod rei ſemper præſumuntur detrectare judicium, qua de cauſa à Græcis *φεύγοντες*, & non ſemel à Iuſtin. latine fugientes appellãtur: ut adeo actoribus favendũ ſit hactenus, ut reus quam primum ad ſuſcipiendum iudicium cogatur: neque abſurde dixiſſe videtur Azo, quem refert *Bald. & Caſtenſ. in pr. d. l. 8.* in initio magis favendũ actori, ut admittatur. in medio parem utriuſque rationem, ut veritas eruatur, in fine magis favendum reo, ut potius abſolvatur. Sunt tamen in primo præcipue, & ſecundo membro ponendi termini habiles, neq; indiſtincte aut ſimpliciter affirmari poſſe, probant rationes & exempla adducta *à Iaſone in pr. d. l. 8.* (nã loco à Tr. citato *in l. 12. C. de procuratorib.* vix trib. verbis hoc attingit, tantũ abeſt ut late contra eam regulam diſputet) per quæ ſecundũ materiam ſubiectã & obiectã hac de re ſtatuendum eſſe evincitur: & habent ſingula, quare hoc vel illo modo ſtatutum ſit, ſuas rationes.

Quod rationem diſcriminis non aſſequuti] Hoc plane inane, imo falſum eſt, quod ex ignorantia illius diſtinctionis (quæ ipſa commentitia eſt,) regulam mox ſequentem extruxerint Dd. neque vere, ſi unicam ſpeciem ſtatuas, regula illa ulla conſequentiæ ratione educi poteſt: ſed probant eam Dd ex verbis *d. l 8. ibi, in poteſtate ſtipulatoris eſſe*, ex quibus etiam hoc ibid. notat. *Ant. Faber.*

Quid ſi ſatiſdatio.] Male hic quæſtio formatur de actore, cũ tota hactenus diſputatio fuerit de cautione, iudicio ſiſti. & ita de reo. Cæterum in utramque partem nulla ratio dubitandi eſſe videtur, & ſiquidem ex eo decidendum hoc eſt, ut ipſe Tr ſubjicit; an quis poſſideat immobilia, fruſtra diſputatur de calumnioſa petitione: quia niſi probaverit, ſe poſſidere immobilia, communi jure ſatiſdare tenebitur.

L I T. C.

Eſt autem huius cautionis.] Idem hic vitium eſt, quod notatum ad pr. lit. B. Scilicet in theſi effectum proponit generalem, eique accommodatam lit D. & E. ſubjicit diviſionem, & tamen in exegeſi effectum proponit ſpecialem. & inſuper odioſe repetit, quod jam tradiderat initio lit. B.

THESIS II.

L I T. A.

Quæ pignoribus datis opponitur.] Probatur hæc ſententia duobus præcipue locis *l. 4 § 8 de fidei comm. libert. & l. 16. §. ult. quibus mod. pign. ſolv.* Cæterum Tr. neq; rationem hujus juris proponit neque contraria removet, & quædam male alleg. Equidem quod attinet verbi proprietatem, nihil in eo eſt, quod ſolam fidejuſſorum dationem includere videatur. eoque & pignoribus ſatiſdari reſponſum eſt in *l. 21. § fin de conſtit. pecun.* & in terminis ſatiſdationem prætoriarum *l. 2 § 3. quod legat. l. 1. §. 9. de collat.* Cæterum cur regulariter prætoriæ ſatiſdationes requirant fidejuſſores juxta *l. 7. de prætor. ſtipulat.* ratio hæc reddi poſſe videtur, quod cum immobiliũ poſſeſſores non ſatiſdent, & cautiones prætoriæ ut plurimum ſuper eo quod intereſt, neq; certam æſtimationem habet, interponantur, non pignora, quoniam quæ & qualia deponenda eſſent ſciri non poteſt, ſed fidejuſſores dari voluit prætor: cum & pignora, quod præſertim multis caſibus obnoxia ſint, multa etiam incommoda, & vel maxime tædioſã habẽt cuſtodiã quod notat *Caſtr. in l. 1 h t* Habet tamen regula *d. l. 7. de prat. ſtip.* aliquas limitationes, quarum ratio partim ex iam traditis colligi poteſt: velut in ſatiſdatione de conferendo *l. 1. §. 9. de collat.* quem adeo textum non ſatis bene pro ſe adducere videtur Tr. niſi quatenus ibi ſatiſdatio opponitur pignoribus, & ſi ſatiſdatio natura ſua pignora comprehendere, male Iuriſconſultus an pignoribus caveri poſſet, quæreret & dubitaret. Alia exceptio eſt in ſatiſdatione legatorum *l. 2. §. 3. quod legat.* Licet enim Accurſ notet alias ibi legi, *voluit ſibi caveri*, quod & princ. §. confirmat: tamen nihil obſtat quo minus dicamus etiam ibi receptum ut pignoribus cavere liceret. quod de quãtitate legati ſatis conſtare poſſit: ex quo apparet male adduci à Tr *l. 1. §. 1. ut legat. nom. cav.* Peius adducitur *l. 21 § fin. de conſt. pecun.* cũ ex ea probetur etiã eũ ſatiſdare qui pignora dat: ideoque reſpõderi oportet vel ſpeciali eſſe in cõventionalibus, vel legendũ eſt, *ſi quis conſtit. ſe ſatisfact* quod extrema verba cõfirmãt, & quod alias ſatisfaciendi verbũ generale eſt, *l. 9 §. 3. de pign. act.* de quo vide etiã *Rob 3 ſent. 21. & Donell. ad l. 5. §. ſatis hac acceptio. d V. O.* Neq; huic explicationi aut emẽdationi obſtat, quod *in l. 1. h. t* eodẽ modo dicitur appellata ſatisfactio & ſatisdatio. quia

inde

inde eandem eſſe utriuſque verbi ſignificationē non conſequitur Cæterum ſententiæ principali non obſtat *l* 59.§ *ſi mandati*, quia idonea cautio genus eſt, ſatiſdatio ſpecies: & commode explicatur ille locus, *ex l. 4.§.8. de fideicomm. libert.* in quo ad eundem modum pignora ſatiſdationi ſicut *in d. §. ult.* fidejuſſioni opponuntur. Magis obſtare videtur, quod ſiquidem ad evitādam juſſionem, ſufficit poſſidere immobilia, *l. 15. in p. in ſit.* etiam & magis ſufficere debeat pignora dare. Reſpondendum eſt per negationem conſequentiæ: quia, ut paulo ante dictum moleſta eſt cuſtodia pignorum, & immobilium facilis eſt executio: maxime cum excludatur neceſſitas dandi fidejuſſores, non hypothecandi bona, ex communi ſententia Dd. de qua paulo poſt: & ut quæſtioni huic de ſignificatione verbi *ſatiſdare*, poſſit eſſe locus, ponendi ſunt termini habiles, in ejuſmodi perſonis, qui ab onere ſatiſdandi non ſint immunes: quod beneficium datum eſt poſſeſſoribus immobilium, qui per poſſeſſionem eiuſmodi non dicuntur ſatiſdare, ſed ab onere ſatiſdandi relevari. Deniq; & hoc notandum, quod *in l 7. de prætor. ſtip.* non de quovis pignoris genere, quod alias omne id eſt, cujus poſſeſſio in creditorē tranſit *l 9. §.3. de pign. act.* ſed de pignore rerum mobilium tractatur: quod aliquando in ſpecie pignus appellari ſolet *argum. l. 138 §.2. de verb ſign.* Ex his concludere licet, errare *gl & Dd in l 1. h. t.* dum ſimpliciter ſtatuunt, ſub ſatiſdatione etiam pignorum dationem contineri, & perinde ac ſi plus eſſet pignora dare *l. 1. h t. & l. 7. de præt. ſtipul.* contra diſerta verba, vitioſe accipiunt & ita explicant, ut quis poſſit quidem pignora dare, ſed ea dare non teneatur.

A quo ſatiſdationem exigit.] Excipit Tr. niſi ſit poſſeſſor immobilium. Atqui hæc exceptio nulla & incongrua eſt, quia ab hoc non exigitur ſatiſdatio, neque hic dat pignora.

Neque hac lex abrogata.] Non ſatis apparet, quā intelligat legem. Cæterum ſententia iſta ſatis liquida eſt: & licet introducto excuſſionis beneficio ſerius ad fidejuſſores perveniatur, non tamen inde inferri poteſt, fidejuſſores utiles nō eſſe: cum præſertim venditio quoque pignorum per multas fiat ambages, maxime poſt conſtitutionem *Inſt. in l. 3. C. de iure dom. Imp.* Et Tr. hic cum VVeſemb. cujus fidem ſimpliciter ſecutus eſt, injuriam facere mihi videtur. Dd. ſiquidem hoc quod propter jus novum & poſt illud pignoribus recte caveatur, eo caſu ubi ſatiſdatio requiritur, & quod adeo ius vetus mutatum ſit, apud gloſſ. *Bartol. Bald. Caſtr. Iaſ in d l. 1. h. t.* non reperio, ſed in hoc illi errant, quod etiam jure Dig. pignoribus caveri poſſe putant, ut paulo ante notatum & vel ideo hac in re mutationem ſtatuere non poſſunt.

Niſi velimus dicere.] Nulla hæc connexio eſt, neque ad illud quod de mutato jure, propter excuſſionis beneficiū, dixerat, applicari poteſt. Sed fortaſſe ſimpliciter hoc ſentit, licet fidejubendi neceſſitas non ſit ſublata jure novo, attamen eam ſublatam eſſe moribus & conſuetudine: quam conſuetudinem tamen non probat Treut. Sed & jam oſtendimus juris iſtius ſuam eſſe rationem, neque adeo id in ſcrupuloſitate mera conſiſtere dici poteſt: cum præſertim id iure quoque noſtro admittat exceptiones.

Idque ex eo confirmatur] Hæc vero nulla probatio eſt: certis perſonis remittitur neceſſitas ſatiſdandi: ergo jus iſtud quod exigit ſatiſdationem, conſiſtit in ſcrupuloſa ſubtilitate: vel ergo jus iſtud moribus & cōſuetudine eſt mutatum: quia utrique ut maxime ſcrupuloſitas dici poſſit, non admittere pignora pro fidejuſſoribus, non tamen erit ſcrupuloſitas, ſi non admittatur cautio nuda: & amplius quod in perſonis certis mutatum eſt, ſiquidem mutatum eſſet, male ſimpliciter mutatum diceretur: & amplius, quod V. C. illuſtres perſonæ promiſſioni ſuæ aut juratoriæ cautioni relinquuntur, non ex conſuetudine recenti, ſed ex ipſo jure civili eſt, quod probant textus allegari lit. ſeq.

Quod appellatione ſatiſdationis.] Hæc propoſitio vera non eſt, quod ſi perſona ſit nobilis, &c. appellationis nuda veniat cautio: ſed hoc verum, quod perſonis illuſtribus neceſſitas ſatiſdandi ſit remiſſa: quæ propoſitio à priori plane eſt diverſa.

LIT. B.

Cui plerunque illuſtres perſonæ] Atqui in lit. præced. idem affirmaverat de perſonis quibuſvis nobilibus, probatæ virtutis & honeſtæ exiſtimationis: de quibus hoc à Dd. magno numero hac lit B. allegatis dixerat affirmari *in F. lit. præced.* Et tamen quod hic traditur verum, quod illic, falſum eſt. nimirum quibuſvis honeſtæ exiſtimationis viris remitti neceſſitatem ſatiſdandi. Illud quoque notandum, quod confundit cautionem nudam & juratoriam *in exegeſi lit. A. & B.* dum *in F. lit. A.* nobiles aut honeſtos unde tantum cavere ait, *& lit. B.* illuſtribus iuratoriā cautionem exigi: neque vero illi meliori quam

hi con-

Digitized by Google

hi conditione eſſe poſſunt: & tamen in th. nudam repromiſſionem iuratoriæ cautioni opponit. Porro *in pr. hac lit. B.* neque in eo ſibi conſtare videtur, quod aſſertionem ſuam. (hoc recte) ex textibus iuris confirmat, quam *lit. preced. in F.* ex motibus & traditione Dd. deduxerat.

Quod tamen hodie non obſervari.] Hoc ex Clar. probat, ſed fortaſſis non ſatis bene, quod ille de uſu & practica Italiæ teſtatur. & Weſemb. *hic in paratit nu.* 10 teſtatur etiam aliquando in criminalibus eos qui non poſſunt invenire fideiuſſores, admitti ad iuratoriam cautionẽ: quod adeo multo magis admittendum erit in perſonis illuſtribus: neque dubitaverim, quibuſcũque caſibus alij vulgo fideiuſſoribus cavent, ijs illuſtres ad iuramentum admitti. Atqui illud multis caſibus in crimiualibus admittitur, de quo paulo infra. Ergo, &c. Deinde cum Clar. citato loco tantum agat de cauſis criminalibus, male hoc à Treurler. ſimpliciter proponitur, quod ſecundum ſubiectam materiam, quiſque de civilibus cauſis potius exaudiet.

Hodie igitur.] Ergo ſecuudum verba mutatio hæc non erit à conſuetudine, quod paulo ante dixerat, ſed a iure: ſiquidem allegat N.N. ex quibus tamen mutatio iſta, & privilegium illuſtribus perſonis ante cõceſſum, minime probatur ademptum: cum in illis N. N. proponatur regula, cui derogat exceptio in caſibus expreſſis: & etiam illuſtrium perſonarum nulla omnino ibi mentio fiat. Poſſit tamen forte iuvari Treut. ſi enim hoc velle dicamus, quod per conſuetudinẽ circa illuſtres perſonas iure mutato, ſuperſunt tantum ij, qui non poſſunt reperire fideiuſſores, ut ita hoc ſaltem, quæ illius cautionis iuratoriæ ratio ſit, ex N. N. probare velle videatur. Attamen nec ſic bona fuerit aut accommodatio aut oppoſitio: quoniam ut iam dictum, mutatio allegata ad criminales tantum cauſas pertinet: ſed in N.N. de cauſis civilibus tractatur: & defendi poſſe videtur, quibus cauſis illi propter inopiam fideiuſſorũ cautionem iurato iam præſtant, ijs caſibus illuſtres perſonas ſimpliciter, ut iurato cavere poſſint, admitti. Et hic quoque amplius offendere Tr. hoc argumento eſt, quod *Clar. alleg. §. fin. quæſt 46. n.* 4 loquitur de cauſis criminalibus, & quod de perſonis illuſtribus at *n.* 16 eos non permitti fideiuſſoribus, ſed etiam in carcerem detrudi, idem affirmat de alijs *d. n.* 14 qui non poſſunt invenire fideiuſſorem, niſi quibus caſibus alias relaxandi eſſent, quibus proculdubio nec illuſtres carcere mancipabuntur: & tamen Tr. Clarum utroque loco & ita tanquam diverſa hic ſtatuentem adducit.

Sunt tamen caſus.] Eum qui de fuga ſuſpectus eſt, ad iuramentum admitti negat, ſed cõſtringi arreſto. Ubi aut intelligit arreſtum verbale, & hoc non multo plus operabitur quam cautio iuratoria aut reale & hac quemvis ſuſpectum in cauſa etiam civili, (etenim Treut. in genere loquitur,) conſtringi, & cuſtodiæ mancipari fuerit abſurdum.

Reus ſtatim incarceratur.] Simpliciter hoc verum non eſt, ſiquidem reus fideiuſſoribus cavere poſſit, maxime ſi pecuniaria pœna veniat imponenda, de quo agitur infra th. 6. lit. F.

Sed id datis pignoribus diſſolvitur.] Confuſim videtur tractare de arreſto verbali & reali, itẽque de cauſa civili & criminali: hic enim in carcerem coniectum indiſtincte datis fideiuſſoribus vel pignoribus relaxari, verum non eſt: ſicut & citati qua textus qua autores de cauſis civilibus tractant.

Ubi tamen hoc limitat.] Atquin toto eo capite Coraſius agit de ſequeſtro, ad quod etiam tantum hæc limitatio pertinet: & hæc vero duo diverſa eſſe conſtat, & ipſe monet Tr. Habet id alias certam & perſpicuam rationem, quod iſtis caſibus ſufficienter caveri nequit.

Toto genere differt.) Ut differat ſpecie, at genere non differre, vel ipſum nomen arguit: & per illud ipſa detinetur res, annexo iure pignoris & prælationis. LIT. C.

Cui committuntur immobilium poſſeſſores.) In genere proponit Tr. accommodando hoc ad diviſionem traditam th. præced. Sed duo hic ſcrupulum movent. 1. quod *in l. 1. §. de præt. ſtipul.* quẽ textum ipſe adducit Treut. neque ulla fit mentio poſſeſſionis immobilium, & in ſpeciebus ibi propoſitis non dubito ſimpliciter nudã ſufficere repromiſſionem, utcunque nulla quis poſſideat immobilia: ſed & textus *in l 15. h. t.* quem itidem advocat Treut. nullam facit mentionem nudæ repromiſſionis; quod facit quod *d. l. 1 § 1.* perpaucas dicitur eſſe cautiones; quæ contentæ ſint nuda repromiſſione. Plane res ſatis expedita erit, ſi hoc referatur ad cautionẽ iudicio ſiſti, quod utique ad certam diem ſe iudicio aſtiturum reus promittere neceſſe habet. Verum ſecundo magis obſtat, quod ita non conſultum ſit actori, quandoquidem bona immobilia à domino libere alienari poſſũt, & hic

M tempus

Digitized by Google

tempus cautionis præſtandæ conſiderari docet *l.15.§.ult.h t.* eoque nec dicere posſis, rebus poſtea alienatis poſſe peti ſatiſdiationem, cum *in d.l.15.* negetur obeſſe reo, quod poſtea vendiderit posſesſiones. Hac de cauſa *Bartol.in l. 1.h.t.* exiſtimat bona immobilia actori hypothecæ nomine eſſe obliganda, quam etiam ſententiam probat *Iaſ.ad rubric.d.t. Caſtren.in d.l 1 nu.41* & in eandem incliuat *Iaſ in l.15.§. ult.eod.* ubi teſtatur hanc eſſe opinionem communem, ut qui liberatus eſt neceſſitate dandi fideiuſſores, bona ſua obligare teneatur, idemque probat *Ant. Fab.in d. l.15.§ ult.* dicens rem alienari cum ſua cauſa & oneroſa, facit *leg.ult.Cod princip agent.* quod debeant credi ſubſtantiæ ſuæ, & quod ſatis hoc videatur privilegij, liberari ab onere dandi fideiuſſores *arg.l.34.§.de pign & l.17.in fin. de teſt tutel.* Sed in contrarium vocat. tum quod *in d.l.15.* nulla eius obligationis fit mentio: tum quod *in d.l ult.C.de princ. agent.* requiritur cautio iuratoria, qua alias opus non videretur: & verba illa, *quod credantur ſubſtantiæ ſuæ*, etiam hunc ſenſum recipiũt, quod propter ipſam immobilium poſſesſionem ſatiſdare non teneantur: tum verò præcipuè ſæpe *d l.15. §. ult.* ubi dicitur, quod ſicut non prodeſt poſtea incipere posſidere, ut quis liberetur præſtita cautione, ita nec obſit poſtea deſijſſe posſidere, ut cautione oneretur: neque citra divinationem alienatio ibi dicitur fieri cum cauſa. Tentari posſit, quod *in d.l.15* traditur, ad cautionẽ de iudicio ſiſtendo pertinere: quod ſcilicet hæc cautio præcipue præſtari videtur propter ſuſpicionem fugæ, quam tollit poſſesſio immobiliũ, ut ibidem diſputant Dd. vel propter metum latitationis, quam ead. poſſesſio excludit, parato actori remedio, ut in poſſesſionem bonorũ mittatur. Neque præſumitur quis ita facile venditurus immobilia, & in certum diem iudicio ſiſti promittit. Adeoquin nec obligatione bonorũ ex ratione iuris hic opus eſſe crediderim. Aliam aliarum ſatiſdationum verbi cauſa *rem pupilli ſalvam fore, uſurum quem arbitrio boni viri*, & c. rationem eſſe, oſtendemus inf. a *ad th.7.lit. A.* vel illud arg. eſt, quod ubi de ijs agitur præciſe ſatiſdandum & præſtandos fideiuſſores eſſe dicitur *l.7.& 8.h.t.*

Lit. D.

Diſſentiunt vulgo Dd.] Non recte proponit ſententiam Dd qui non ita diſtinguunt, (& utique ubi mentio fideiuſſoris fit, nulla ratio dubitandi, & fruſtra eo caſu diſputetur ſignificatione verbi, ſatiſdationis) ſed ut ante notatum in hoc errant, quod poſt Gloſſ. ita accipiunt, *l.7. de prætor. ſtipul* ac ſi plus eſſet pignora dare quam fideiuſſores. & illa quidem reus ſatiſdare obligatus dare posſit, ſed dare non teneatur.

THESIS III.

Lit. A.

Litigantes vel per ſe agunt.] Generalius ſumitur verbum *Litigantes*, vel potius abuſive, pro ijs quos res ipſa principaliter concernit: cæterum non minus imò magis etiam litigantes dicendi ſunt, qui licet alieno nomine litem conteſtati eius domini effecti ſunt, & vel præcipue defenſores, in quos etiam actio rei iudicatæ datur.

Lit. B.

Vel per procuratorem.] Maxime hoc dicitur de actore: eoque omninò vitioſum, quod in exegeſi huc accomodat regulam, quæ nominatim ad defenſorem, nullo modo autem ad procuratorem actoris pertinet.

Lit. C.

Quadruplex diſtinctio] Hoc quidem ſatis bene, ſed illud non recte, quod ſub tractatione de actore hoc proponit, quod generale eſt: quod genus erroris etiam eſt ſub lit. E. ubi pro fundanda ſatiſdatione actoris adducit. *§. ſed hodie. Inſtit. de ſatiſdat.* in quo tractatur de reo.

Lit. F.

Decimam nempe partem.] Minus recta hæc explicatio eſt: quid enim ſi maiores expenſas reus ſe feciſſe probat *Bart. & Bald. in auth generaliter C. de Epiſc. & Cler* fruſtra advocantur, ex quibus ille nullo modo, hic tantum ſumendo decimæ mentionem facit, & alias quæſtiones de expẽſis tractat.

Lit. G.

Ad lites abbreviandas.] Imò magis principaliter ad actorum calumnias coercendas.

Abuſu ſublata rurſus] Rectius fortaſſe dixiſſet nunquam in uſu fuiſſe. Et plane reduci ex iure Iuſt. utiliter poſſent, non obſtante aliquorũ paupertate: quæ ſi in conſiderationem venire deberet ſatiſdationum uſus plane tollendus eſſet: & in ipſa *Authen generaliter & Nov. 112.c.2.* ſatis hic proviſum, ut pauperes ad cautionẽ iuratoriã admittantur. Porrò nec omninò omnia hac in re a Iuſt. ſtatuta ſublata videri debent, ſiquidem cautio ſuper expenſis hodieque frequentari ſolet

Quid ſi in alio territorio] Siquidem hoc in ſuo genere de quovis caſu ubi ſatiſdatio requiritur adfirmat, cõtradicit *infr. th.7.lit. A.* ubi v. Cæterum hanc quæſt attingunt *Ioh. Fab. & Ang. in § ſed hodie l. de ſatiſd.* & reſpondent, relevari, ſi in

alio

Digitized by Google

alio loco poſſident immobilia, modò non ſub diverſa iuriſdictione. At *Bru.* & *Caſtr.* citati de alia quæſtione agunt, an ſit audiendus qui aliò ſe remitti petit, ut ibi det fideiuſſores: & cum iiſdem Jaſon male allegatus ſentit, & ut illi, cōcludit: licet prius ex ſententia quædam moveat Allexādri, cuius opinio nihil habet abſurdi, ſub adiecta limitatione, ſi ſub alia etiā iuriſdictione facile fideiuſſores cōveniri & exigi poſſint.

THESIS IV.

Lit. A.

Si ordinario iudicio.) Nihil erat neceſſum de hoc caſu latius tractare. Et iuſtin illas evocationes & extractiones reorum improbat & dānat, & iis coërcēdis conſtitutionem eam fecit; eaq; de cauſa minime credi poteſt, importunum actorem neceſſitare præſtandi cautiones ordinarias, de quibus ante actum eſt ſi eas reus deſideret, liberare voluiſſe, contra quam male exiſtimat Tr.

Comparente autem reo.) Hoc quidem, ut ex ipſis allegatis apparet, generale & regulare eſt: ideoq; eum caſu actoris aliquem extrahentis, citra ullam diſtinctionem, male eadem oratione copulatur & coniungitur: & omninò ad materiam iſtam non pertinet. Lit B.

Satis copioſe & ex parte confusè in th. proponit, & in f. th impropriè dicit, *agere reum*, tribus verbis dicimus: Reus ipſe litigans præſtat ſaltem cautionem iudicio ſiſti: procurator præſtat etiam de iudicato ſolvendo: & vel ipſe vel principalis.

Iudicio ſiſti) Cavet ſe in iudicio manſurum uſque ad terminum litis. Ea quidam cautio ita appellari poteſt: ſed ſcilicet diſtinctio adhibenda erat à Treut. quia iſta cautio omninò eſt diverſa ab ea, de qua initio th. 1. agit Tr. perquam, ut ipſe ibid. ait raptio violentia in ius evitatur.

Illud obiter notandum) Agitur hic de explicando *verſi. ult* §. *Si verò* 4. *l ſatiſd.* quem ipſe cū Accur. ita accipit, ut intelligat ibi ab ipſo procuratore cautionem exponi, ſuper hoc, ut reus ipſe tempore ſententiæ in iudicium veniat. Ait hoc ab Accurſio ingenioſe defendi, & ille tamē nudè, imò nudiſſimè eum locum ita explicat: & illa quoque explicatio mihi nullo modo ſapit: quia rationi repugnat. I. Ut procurator caveat pro principali. II. Ut caveat pro reo præſente, de hoc enim caſu ibi agitur. III. Ut promittat factum alienum, quod reus tempore ſentētiæ ferendæ in iudicio ſe ſiſtat: Vera igitur loci ſentētia eſt: quod eius præter cautionē, qua procuratoris ſui perſonam firmat & legitimat, etiā aliam cautionem, pro ſua vel propter perſonam ſuam interponere debeat, quod ipſe tempore ſententiæ in iudicio eſſe velit: & hoc ei fini, ut potius in ipſum, in quem etiam tantum eo caſu cum effectu actio iudicati datur, *l. 4. de re iudic.* quam in procuratorem (quòd alias ex ſumma iuris ratione fieri oportebat) ſententia feratur Et hæc etiā opinio eſt antiqui & optimi interpretis *Iohan. Fab. in d. ver* ubi ait, *opus quod dominus caveat, quod erit præſens tempore ſententiæ.* Sed ne cui oculos præſtringat adducta Theophili autoritas, ſciendum eſt I. Quod Theophilus iſte, licet aliud videatur *Mercero in conciliato ep. mihi* 27 non fuerit unus ex compilatoribus, ut notat *Curt. 2. coniect. ult.* (ubi tamen ait, eum fuiſſe vicinum ætati Juſtiniani) imò eum poſt Accurſ. floruiſſe exiſtimat *Baro ad tit. 1. quib. modis ius pat. pot. ſolv* (& id tamen quia Græce ſcripſit, minus probabile eſt.) II. Quod autor hic non bona fide ſit citatus à Tr. Equidem Latina Currij tranſlatio explicationem Tr. confirmat, adiectis ab interprete verbis, *à procuratore*, quæ textus Græcus non agnoſcit, imò reſpuit, & interpretationem diverſam, quam ſequimur, cōfirmat: quod ut omnibus pateat, nec quiſquam in poſterum de vera eius loci ſententia dubitet, ipſa Græca verba ſubiicimus. ἑτέρας δηλονότι ὁμολογίας, ἤτοι ἐγγύης ἐκτιθεμένης, ὑπὲρ τοῦ προσώπου αὐτοῦ τοῦ ἐναγομένου, περὶ γὰρ ἑαυτοῦ ἤ δίδωσιν ἐγγυητὴν, ἢ ὁμολογίαν ἐκτίθεται, τα τὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα ἀσφαλιζόμενος, ὅτι ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀποφάσεως ἀευρεθήσεται ἐν τῷ δικαστηρίῳ, &c. ubi verbis, κατὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα, non reſpicit Theophilus ad cautionem antea præſtitam, (de hoc etiam genere cautionis nullus ante fuit ſermo,) ſed alternationem illam cavendi vel per promiſſionem vel per fideiuſſores, (de qua actū *in* § 2 & 4.) quæ cum non intelligeret interpres, verba omnia & integrum quaſi verſiculū περὶ γὰρ uſque ad εἰρημένα ineptè parentheſi incluſit: qua parentheſi admiſſa, verbū ἀσφαλιζόμενος, non habet quo referatur, aut ſolæciſſimum facit. Et nimirum, initio alia cautione expoſita propter perſonam ipſius rei, opus eſſe ait Deinde quænam ea ſit, & quid amplius caveat reus exponit: ita quidem perſpicuè, ut verba eius nullam aliam, quā eam, quæ a nobis allata eſt interpretationem ad eū locū patiātur, Illud ſcrupulū moveri poſſit, quod in f.

huius noſtri verſ. ait Juſtin. *omnia præſtet fideiuſſor*, quibus verbis videri poſſit ſignificari ipſe reus, quippe quem in pr. § procuratoris ſui fideiuſſorem, vocat Juſtin. qua de cauſa Hottom. ibid legendum putat, *vel ipſe vel ſi letuſſor*, quomodo etiam Theoph. πάντα παρέξει αὐτὸς, ἢ ὁ ὑπὲρ αὐτοῦ ἐγγυητής. Verum quod ipſe reus intelligi non poſſit, ex eo apertum eſt, quod ipſe ſuper facto à ſe ipſo præſtando idoneus fideiuſſor eſſe nequit: & quod in priori caſu reus ipſe procuratoris fideiuſſor eſt, ex eo in poſteriori quoque eum fideiuſſorem eſſe nullo modo inferri poteſt. Cæterum ut lectio illa Theoph. bona ſit, poteſt tamen & vulgata defendi, ut dicamus reſpexiſſe Juſtin. ad caſum rei abſentis, & contra promiſſionem ſuam abſentis, propter quod ipſe fideiuſſor ſtatim conveniatur: nō obſtante beneficio ordinis, in hoc caſu ſingulari, quod etiam aliàs, ubi reus abſens eſt fideiuſſori concedi non ſolet: quamvis etiam conſtitutio, qua remedium illud introductum eſt. Inſtit. iure ſit recentior. Ex quibus etiam corruit emendatio *Cuiacij & Contij in notis ad d. ver.* qui verbum, *fideiuſſor*, plane expungunt, quod tamen in antiquis Codicibus extare fatentur. Et hæc ad enodationem huius loci hactenus dubij & obſcuri adnotare prolixius viſum fuerit.

Iudicatum ſolvi & iudicio ſiſti.) Hoc, quod procurator Rei olim ſatiſdederit, iudicio ſiſti, citra diſtinctionem admitti non poteſt. Cautionem illam de perſeverando in iudicio, &c. præſtitiſſe eum, nuſquam traditum eſt, & videtur ea eſſe nova introducta à Juſtin. Veterem illam, quà ex mente Treut. th. 1. raptio violenta evitabatur multò minus præſtitit, ſiquidem procuratorē in ius rapi potuiſſe nemo dixerit, nec ſi ſpecialis fuerit procurator, quippe qui litem ſibi cōmiſſam præciſè ſuſcipere non tenebatur. Illud ſaltem verum eſt, eū qui ultrò, ſive ex mādato, ſive ſine mādato, iudicium ſuſcipere paratus erat, urgente hac cautione oneratum fuiſſe. Cæterum Tr. ita proponit, ut ex oppoſitione nō obſcure colligatur, diverſum eum ſtatuere in actione perſonali & reali, quaſi in hac procurator nunquam caverit de iudicio ſiſtendo. Cuius differentiæ rationem ego non aſſequor: & cum ex realis actionis cauſa eadem ratio eſſet vocandi in ius, non video quid ni hic etiam idē ius fuerit obſervatum. Planè ſive proponas procuratorem in ius ultro ſequutum, ibi de ſe ſiſtendo promiſiſſe, ſive alia die apud prætorem ſive concepta formula & iudice dato apud hūc ipſum iudicem, nihil occurrit, cur aliud in perſonali, aliud in reali actione, ſtatuamus.

Non minus quàm actor.) In ſubtiliter hoc dicitur: quia regulare magis eſt, ut caveant rei: & hoc ipſum quod proponit, de poſſeſſione immobilium, ad reos principaliter pertinet, ut patet *ex l. 15. in pr. h. t. & toto illo tit. iunct. tit. Si quis caut.* Imò ſi de iure veteri quæramus, (etenim cautio de perſequenda lite, eſt ex N. 112. ipſe actor nomine proprio comparens nullam præſtitit cautionē. Nec obſtat *l. un. C. de ſatiſd.* quia ibi actor ſatiſdat non qua actor, ſed qua ſubiturus perſonam rei, nempe de defendendo: & quidem procurator actoris (qui aliàs non niſi de rato cavet) ſecundum formam Edicti, quod eſt *l. in 33. ult. de procur.*

THESIS V.

LIT. A.

Cautio iudic. ſolvi.) Ita hoc proponit, perinde ac ſi de novo de ea tractare inciperet: & tamen de ea iam egit th. præced.

LIT. C.

Hodie expreſſe non adhibetur) Et ipſe tamen parum ſibi cōſtans ſtatim ſubiicit eam in clauſula mandati contineri, ita ut ſit de ſubſtantia mandati: quod autem tale eſt, ut in clauſula eſſentiali contineatur, id rectè expreſſe dicitur adhiberi.

Continetur tamen mandati, &c.) Et hoc quoque rectè ſe non habet, cum in genere de cautione iud. ſolvi tractet, de mandato autem non poſſit quæri niſi procurator interveniat. At quin poteſt & reus procuratoris ſui perſonam præſens firmare: quin & quivis defenſioni alterius ſine mandato ſe offerre poteſt.

De indemni ſervādo.) Manifeſtus hic lapſus eſt: quod hęc clauſula mandato procuratorio actoris inſeri ſoleat, (de quo etiam Mynſ. citatus tractat, & ſit pars cautionis de rato: & conſtat quod cautio de iud. ſolvendo non procuratorē rei, ſed actorē reſpiciat, ut ex ea iudicatum cōſequatur: cum præſertim quo caſu cum mandato intervenit, nullū ſit periculū procuratoris, ſi quidē in eū actio denegatur iudicati *l. 4. de re iu.*

Cautionis hypothecariæ) Non ſatis meminit Tr. eorum quæ tradidit *th. 2. lit. A & D.* ſatiſdationem eſſe cautionis ſpeciem oppoſitam cautioni per pignora, & ubicunque lex exigit ſatiſdationem, dandos eſſe fideiuſſores: eſt autem hæc cautio de iudicato ſolvendo ſatiſdatio & proinde in clauſula hypothecaria, iuxta ante tradita non rectè dicitur contineri.

Qua

Digitized by Google

Quæ clauſula de ſubſtantia mandati.) Falſa hæc ſententia eſt, ſiue quæratur de procuratore actoris ſiue rei. Quod ad illum nihil de eſſentia eius eſt niſi vt de voluntate domini conſtet: quæ ſi liquida eſt nulla cautione rati opus eſt per textum expreſſum *in §.3.Inſtit.d ſatisdat.l.1.C.d.procurat.l.un ſatiſdãdo* Et eſt hic unicus finis & cauſa mandati, ſecuritas rei, quod alias domino iterum agenti exceptio rei iudicatæ non obſtaret *l. 1. C. quibus res iud. non nocet.* Cautio autem indemnitatis ipſum procuratorem concernit, ut illi tanto melius cautum ſit, & præter ordinariam mandati actionem, etiam hypothecariam exercere poſſit: In procuratore rei iiſdem fere de cauſis res expedita eſt, cum etiam ut paulò ante dictum, nullum huius videatur periculum: & quidquid etiam præſtiterit, regreſſum eo nomine habeat contra mandantem: Et nimirum ea de huiuſmodi mandatorum eſſentia habenda ſunt, quibus omiſſis, iudicia eluſoria futura eſſent.

LIT. D.

Illud generaliter, &c.] Ait ſi quis per procuratorem in iudicio verſetur, nulla eſſe opus ſatiſdatione. Ergone opus erit, ſi quis litiget per ſe ipſum? Vtiq; multo minus. Sed illud magis nota dignum, quod vbi de mandato conſtat, nulla eſſe ait opus ſatiſdatione: ſiquidem contra dicit, quod *lit. C.* cautionem de iudicato ſoluẽdo, quippe de hac initio th. egerat, neceſſario mandato ineſſe ait. Quod ſi de cautione rati intelligas, idem vitium erit, & inſuper ſequetur, eam eſſe de eſſentia mandati; quod tamen falſum eſt etiam ipſo Tr. autore *infr. diſp. 9. th. 8. lit. A.* Sed de hoc jam egimus, & conſtat, cautionem de indemnitate procuratoris, ſiue clauſulam, neq; cautionem de iudicato ſoluendo, neque de rato habendo continere, & inſuper neceſſariam, aut eſſentialem mandato eſſe in eoque lapſus eſt Tr. quod iſta non recte diſtinguendo male concludit.

Siue actor ſiue reus.] Poſteriori huic quod vbi de mandato procuratoris etiam ex parte rei cõſtat, nulla ſit opus ſatisdatione, diſerte contradicit textus *in leg vn in fin Cod. de ſatisd.* his verbis: *rei autem procurator etiam ſub geſtorum teſtificatione factus, iudicatum ſolui ſatisdationem præſtare cogitur.* Neque poſſis ad hodiernos mores illud reſtringere: quia etiam olim idem ait obtinuiſſe. Neque etiam ad cautionem de rato referre: vel quia verba generalia ſunt, *nulla ſatisdatione.* vel quia ex parte rei interueniens etiamſi mandatum nullum habere eum conſtet, cum cautione de judicato ſoluendo admittitur.

Quo tamen in loco Triboniani manus] Infœlix hæc obſeruatio eſt, nec aut ſtylus, aut quicquam hic occurit, quod vel tantillum illum locũ ſuſpectum facere poſſit. Et habet hoc perſpicuam & ſummam rationem, vt vbi de voluntate domini per aliquam actionem mouere volentis, conſtat, hic non grauetur cautione rati: quippe cuius hic vnicus finis eſt, vt reus abſolutus, domino iterum actionem mouente à procuratore falſo eiuſque fideiuſſoribus conſequatur, quantum ſecundo iudicio ipſe præſtare coactus fuit: idque ſcilicet eſt quod *in l. 65.* dicitur, in caſu ibi propoſito non opus eſſe cautione rati, perinde ac ſi quis cauſam præſentis ageret: idque iam olim reſcripſit Jmperator Antonius *in l. 1. C. de procur.* vbi negotium alicui mandatum eſſe conſtat, non exigi cautionem de rato.

LIT. E.

Sin dubitetur, cautio de rato.] Hoc non ſatis bene ad præcedentia, de actore & reo: quia hic de judicato ſoluendo ſatis datur à procuratore, etiamſi mandatum certò habeat: & cum hac cautione admittitur etiam quem mandatum non habere conſtat. Et igitur pertinet hoc tantũ ad procuratorem actoris: ſicut & quod proponitur in exegeſi, ſi omninò deficiat mandatum eum nec quidem cum cautione de rato admitti.

Voce & manu.] In ſtipulationibus manum iungere neceſſum fuiſſe nuſquam proditum exiſtimo. Porrò cum hæc cautio ſatisdatio ſit, vtique non ſufficiet promitti ſiue voce ſiue manu, ſed regulariter, fideiuſſoribus opus erit.

Niſi ſit in iudicio approbatus.] Hanc exceptionẽ ad regulam, ſi deficiat mandatum, non admitti procuratorem, falſam eſſe non dubito: quippe quæ nec probetur vllo textu, & certiſſimæ iuris rationi repugnet, vt quis actionem alienam ſine mandato in iudicium deducere poſſit. Et verò longè hæc diuerſa ſunt, eſſe in iudicio approbatum, & poſſe introducere actionẽ ſine mandato: Et ex illo ad hoc nulla conſequentia eſt.

LIT. F.

Quæ ad litis vſque conteſtationem.] incongrua hæc locutio eſt: dicere debebat, ante litem demum conteſtatam hanc cautionem peti poſſe, & poſtea eius exigendæ facultatem eſſe præcluſã. Vbi tamen habiles termini ponendi ſunt in perſonis, quæ aliàs rem in iudicium deducent, & litis conteſtatione domini litis efficiuntur, cuiuſmodi eſt procurator vniuerſorum bonorum. *argum. l. 33. §. ult. d. procur & l. 5. § 18. ae nou. op. nũt.*

Digitized by Google

vbi dicitur etiam verum procuratorem cauere teneri de rato: qui videlicet, cum eſſet procurator generalis ad negotia, ad agendum ſpeciale mandatum non habebat. Secundũ quæ à Treut. tradita explicanda & reſtringẽda ſunt & hic ſane non de mandato ad negotia, ſed ad iudicia tractatur. Sicut & hoc cautione opus habet, quod tantum vſque ad litem, conteſtatam hanc cautionem admitti ait: etenim ſi procurator falſus proponatur, exceptio *quod mandatum non habeat*, etiam poſt litem conteſtatam, in quacunq; parte iudicij, imò etiam poſt concluſionem in cauſa, quin amplius & poſt ſententiam opponi poteſt, quia iudicium retro reddit nullum *l. 24. vbi Dd. C. de procur.* Ex his apparet theſi hac vna, eaque non vſque adeo prolixa, valde multa à Treut. peccari: quod nimirum ille confuſim de principalibus & interuenientibus, de reo & actore, de procuratore & defenſore, de cautione rati & iudicato ſoluendo, denique de ſatiſdatione, cautione hypothecaria, & repromiſſione, tractare videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Theſis hæc tota ferè, vt loquuntur fugitiua eſt, & quæ hic proponuntur, definitioni & diſtinctioni cautionum ſub *th.* 1. minus bene accomodantur.

Iudex iuramento cauere ſolebat] Impropriè hæc cautio dicitur, quoad hanc quidem tractationem. Cæterum res ipſa dubia eſt quod locus Ciceronis & Aſconij Pediani, ad eos iudices qui in publicis cauſis cum prætore iudicabant, pertinet: cæterum quod pedaneus iudex in ſingulis priuatis cauſis iuramẽtum præſtiterit, haud ſcio an ſatis probari poſſit. Neque hic mihi ſatis facit autoritas Juſtin *in l. 14. Codic iudic*, qui iuramentum illud de quo iam diximus latius produxiſſe videtur.

Ante tempora Caij] Quem hic Caium intelligat, an Cæſarem, an Tiberium an Caligulam, & quo autore poſt Caium illum, iuramentum ſolenne iudicium deſijſſe adſtruat, ego non capio. Vtrique verum hoc eſſe non poteſt, ſi vera ſunt quæ tradidit *Reuard. alleg.* tum ex Perſio qui vixit ſub Nerone, tũ præcipue ex Symmacho, qui aram, ad quam iudices iurare ſolebant, iuſſu Gratiani euerſam reſtitui petit: qui vtique aliquot centum annos poſt quemcunque tandem Cajum vixerũt. Et ita ſcil. inter alia ſcribit Symmach. *lib. 10. epiſt. 54.* Jlla ara concordiam tenet omnium, atque aliud magis autoritatem facit ſententijs noſtris, quam quod omnia quaſi iurato ordo decernit. Et poſſit particula *quaſi*, ſcrupulum mouere: ſed enim verum fuiſſe iuramentum, docet reſponſio Ambroſij: *Te inquit*, imperatore Chriſtiani in aram iurare cogentur; Et vtcunque huius rei non ſatis certa fides ſit, attamen aſſertionis huius Tr. de tempore Caij, longe incertior, imo incertiſsima fides eſt.

LIT. B.

Quod ordinarius hodie.] Si rectè habet particula, *hodie*, ſequetur non amplius in ſingulis cauſis iurare iudices. Et tamen illud hodie probat *ex conſtitut Iuſtin.* quem ipſe *lit. A.* iuramẽtum olim in ſingulis cauſis præſtari ſolitum ait reduxiſſe. Neque vero probabile eſt, quod Iuſtin. ſuã ipſe legem *ſub tit. C. de iudic.* voluerit abrogare: neque contraria aut incomparabilia ſunt magiſtratum initio officij, & poſtea quodque in ſingulis cauſis iurare.

Quam præſides præſtant.] Hæc verò cautio ſine promiſſio: ab hac tractatione alieniſſima eſt.

Vt ſtatutũ in contrariũ non valeat.] Nolim hoc ſimpliciter affirmare. Equidẽ valere iudiciũ citra hoc iuramentũ neque hoc de eſſentia iudicij eſſe, dubio caret: ſiquidem ipſo teſte Treut. ante Iuſtin hoc iuramentum in vſu non fuit, & experientia teſte hodie non eſt. Supereſt igitur quæſtio, an iuri communi quo hoc iuramentum introductum eſt ſtatuto hic derogari poſſit; Traditio Dd. eſt, quæ conſuetudine introduci poſſunt, etiã poſſe ſtatuto: atqui hæc obſeruantia, vt iudices in ſingulis cauſis iurent, tolli poteſt cõſuetudine. Niſi forte hæc differentia dari poſſit, quod quædam tacite fieri poſſunt, quæ non rectè fiunt expreſſe: & videri poſſit ſtatutũ tale non ſolũ nutritiũ, ſed etiã inductiuum peccati. Etenim licet iure ciuili hoc iuramẽtũ introductũ dicatur, attamẽ præſuppoſita hominũ malitia iurigentiũ & naturæ rectè dicitur conuenire. Neque mouet, quod cũ iudex iniquus pœnis legitimis ſubijci poſſit, anſã delinquendi præberi nõ videatur: quia præſtat initio cauere quã poſtea punire, & quia multa à iudice fieri poſſunt, quæ effugiunt animaduerſionẽ legis quibus iuramento & metu diuini numinis occurritur: neque tantũ cauſa delinquendi præberi dicitur, ſi gratia delicti admiſſi fiat, ratione præteriti, ſed etiam ratione futuri, ſi eiuſmodi omittantur, quibus homines à delinquendo abſtinentur. Multò minus manet hæc dilemmatis ſpecies, quod vir quidem bonus etiam citra iuramentũ

fac

Digitized by Google

facit officium malus nec religione iuriſiurandi à peccando abſterretur: quoniam pleriq; medij generis ſunt. Et his tamen non obſtantibus ex diuerſo tentari poſſit, in dubio tale ſtatutum valere, quippe quod ſubeſſe poſſit aliqua ratio quæ mouerit ſtatuentes: vel quod exiſtimarunt ſufficere ſemel initio iuramentum eſſe præſtitum, vel quod metuerunt hominum in iurando facilitatem, & ita cauere voluerunt, ne periuriis cauſa præberetur, quod ſicut quoſdam nimis temerarios & faciles ad iurandũ, ita quoſdã metu nominis diuini vſque ad ſuperſtitionẽ timidos animaduerterent, vt eſt *in l 8 in prin. de condit. inſtitut* cum etiã hic à Repub. eligatur induſtria perſonæ, quam in ſingulis cauſis & ita tantum non quotidie nouis iuramentis fatigari inuidiæ & ſuſpicionis pleuũ eſt. Ex quibus etiã defenditur conſuetudo Saxoniæ, qua iuramentum generale calumniæ abolitũ eſt, de quo infra *diſp. 21 th. 3. lit. c.* quoniã vt ait *Bald in l. ſi poſt. C. de euiction*, iuramentum calumniæ hodie contemnitur, & non appreciatur vnum obulum: *&* *Marant. p. 6. de iurament calumn num* 11. ait quod litigatores noſtri temporis potius iurent de calumnia committenda quam vitanda, & ideo melius eſſe, iuramentũ illud ex toto tolli cauſa vitandi tot periuria: non obſtante quod ſit inuentum ob publicam vtilitatem ne veritas occultetur. Facit quod infra *pag. 2. diſp. 5* ſtatuit Tr. induci poſſe ſtatuto, ne teſtes iurare cogantur, à quorum tamen depoſitione totum dependet: & rationis eſt plus tribui perſonæ, cuius fides publicè & electa & approbata. Illa verò Treut. ratio, quod ſint ſacerdotes iuſtitiæ, non concludit: vel quia ſacerdotum nõ eſt iurare, vel quod qui alias iuſtitiam adminiſtrare obligati ſunt, tanto minus iurare debere videntur: & quidem *in l. 1. de iuſt. & iur.* ICtis ille titulus tribuitur, & tamen plerique iudices ICti non ſunt.

LIT. C.

Delegatus verò] Verba hæc arguunt quandam oppoſitionem, ordinarij & delegati: ordinarius, hodie initio officij ſui præſtat iuramentum, delegatus vero per documentum, &c. At quin hæc vitioſa imo plane nulla oppoſitio eſt: quia documentum delegationis cum iuramento iudicum nihil plane commune habet, & iuramentum quidem eo pertinet, ut recte & ſincere iudicetur, documentum autem illud tantum ad fidem faciendam delegationis, Sed & ex oppoſitione illa hoc efficitur, delegatum non teneri præſtare iuramentum: quod ipſum tamen verum non eſt. *l. 14. in pr. C. de iudic.*

Per documentum cavere intelligitur] Otioſe hic repetitur, quod iam traditum eſt, *diſput praced. th. 5. lit A.* Nec otioſe tantum, ſed & inepte delegatus per documẽtum illud dicitur cavere: quia hæc nullo modo cautio, ſed nuda & ſola delegationis factæ probatio eſt.

LIT. D.

Sic cautio ſecuritatis.] Atquin hic agitur de cautionibus, quæ præſtantur à partibus: utique verbum, *ſic*, quo referatur, non habet.

Solet tamen diſtingui.] Non putarim ſimpliciter negandam, in criminibus, quæ per procuratorem agi poſſunt, concedi poſſe ſalvum conductũ, quod quis præſens fortaſſe melius ſe defendere poſſit. Cæterum illatio, quod bannitis ſalvus conductus non detur, non ſatis recte ſe habet, quia hi iam cõdemnati ſunt. Et tamen his à principe ſalvum cõductum dari poſſe rectè diſputat *Fach. 9 controv. 62.* eoq; etiam poterit Camera, quæ utique ius habet bannitos abſolvẽdi.

A magiſtratu dari, quia eſt pars imperii criminalis] Non concludit hæc ratio, quia nõ omnis magiſtratus habet imperium merum, neque hoc competit iure magiſtratus: quin imo, quatenus ſaluus conductus cum eo effectu quem ipſi Tr. tribuit, de quo paulo poſt, & vt in cauſis criminalibus, de quibus etiam tantum hoc proponit Tr. concedendus, cõſideratur, minime à quouis magiſtratu, etiam imperium merum habente, ſed tantum à ſupremo principe, ſaluus cõductus concedi poteſt: *Boer. deciſ. 179. in prin.* quippe reũ etiam cõuictum dimittere, eſt quaſi gratiã pœnæ facere quod ſoli principi licet. Cæterum Tr. etiam in hoc peccat, quod ſaluum conductũ tãtum reſtringit ad cauſas criminales: cũ tamen ei locus ſit in cauſis ciuilibus, ita vt non tantum à iudice, ſed etiam à parte concedi poſſit, vbi videlicet, quis metuit ne à iudice iniuria afficiatur; vel inſtantibus creditoribus in carcerem den Schuldthurn, coniiciatur, per notata *Herculan. tract. de non offend. c. 37. Coler. de proceſſ execut. c. 4. § 1. n. 176. Zaſ. p. 15 n. 25.*

Et marito conceſſo ad vxorem quoque.] Non ſatis aſſequor, quid & quem intelligat caſum, quia aut vxor nõ deliquit & inepta quæſtio eſt, quia ſaluo conductu non opus habet, aut vxor ipſa quoque deliquit, & aſſertio falſa eſt: quia duo diuerſa delicta ſunt, & cum aliàs ſaluus conductus plene acceptus, rationem iuris offendat, & quaſi impunitatem delicti ſecum ferat, minimè omnium extendi debet.

Non concedendã; aut conceſſam ſeruandã.] Appa-

Digitized by Google

Lit. E.

Hic contra LL. methodi iterum quædam tractat de cautione de iudico ſiſtendo. Sed quod ad ipſam rem attinet, ait præſtare ab eo qui fugitiuus putatur vel in carcere captiuus detineatur; & ſubiicit in allegatis, hoc obtinere, quoties pœna corporis infligẽda venit. Vbi aut male loquitur aut male ſentit: etenim eos qui fugitivi putantur in carcerẽ coniiciendos eſſe, verũ eſt, ſed eos in criminalibus, vbi pœna corporis infligenda venit, ſub fideiuſſoribus relaxandos eſſe, quam ſententiam alternatio illa, *vel fugitiuus vel in carcere &c.* omnino exigit, falſum eſt: adeo quidem vt negatio hic omiſſa videatur & legendum, *quoties pœna corporis infligenda non venit.* Et tamen nec ita generaliter propoſitio vera erit, cum aliquando reus etiam capitis ad ſatis dandum admittatur. Cæterum cum etiã in cauſis ciuilibus quis de fuga ſuſpectus eſſe poſſit, & aliquando etiam in carcerem recipi, hoc quoq; male Treut quod generaliter in th. propoſitũ, in exegeſi reſtringit ad cauſas criminales, in quibus de pœna corporis agitur. Cæterum quæſtio illa, an in criminalibus admitti poſſint fideiuſſores, cõmodius infra *part. 2. diſputat* 28. tractatur: ſummatim tamen hic proponere lubet. Quod aut quæritur de cautione iudicato ſoluẽdo, & ita de cauendo nomine pœnæ, aut de iudicio ſiſtendo. Jn illo caſu probandam puto diſtinctionem Dd. an veniat infligenda pœna pecuniaria, vt hic etiam de iudicato ſoluendo ſatis dari poſſit: an de pœna, vt loquuntur corporis afflictiua: & ſatis dari de iudicato ſoluendo non poteſt: neq; enim iudex in perſonã aliã ita animaduertere, aut quisquã ita ſe iure noſtro obligare poſſit. Quoad hunc caſum, etiã vbi pœna corporis afflictiua delicto debetur, imò etiã in capitalibus de iudicio ſiſtendo caueri poteſt: quia non ſtatim criminis poſtulatus in carcerem recipi debet: niſi delicti atrocitas aut notorietas, vel perſonæ vilitas aliud ſuadeat. Et ad eundẽ modũ actor ſatis dat, nõ ſuper pœna calumniæ vel talionis, ſed de iudicio perſequendo. Et vtroq; caſu promittunt fideiuſſores vel ſimpliciter, vel ſub certa pecuniæ ſumma: illic quantũ iudex arbitratus fuerit, hic quantum promiſſum eſt, exigitur: nunquam autem aut pœnæ delicti vel calumniæ ſuccedanei fiunt fideiuſſores, neque aliàs criminaliter in eos animaduertitur, niſi dolus ipſorum, V. C. in non ſiſtendo arguatur. Hæc nimirũ & rationi conueniunt, & probantur textibus iuris: (qui etiam hinc explicandi ſunt) *in l. 1. 2. 3. & 4 de cuſtod. reorum. l. vlt. C. eod. l. 3. C. de his qui accuſare l. 2. §. 1. de accuſat. l. 6. §. 3. & l. 12. C. de appell. l. 1. & 2. C. ad Turpill.*

Hodie tamen fideiuſſores recipiuntur] Ex iam dictis apparet errare hic Treut. qui hoc, vt aliquãdo in criminalibus fideiuſſores de iudicio ſiſtẽdo ſub certa pecuniæ ſumma admittantur, reſtringit ad mores noſtros & ius Saxonicum, cum tamen certò & liquidò idem iure ciuili Romano obtineat.

Vbi tamen cautela illa opus inprimis, maximè de iure Saxon.] Et exiſtimat igitur Treut. quod citra cautelã illã ſiue proteſtationem aut reſeruationem, acceptis fideiuſſoribus cauſa ex criminali fiat ciuilis. Hoc quidẽ iure ciuili perſpicuè falſum, eoq; particula *maximè*, vitioſè adiecta eſt. Quin amplius nec Saxon. iure ſententiam adeò abſurdam probari crediderim, quæ defendi nõ poſſit, niſi inducta aut nouatione obligationis criminalis, aut liberatione rei: quorum neutrũ vllo prætextu aut colore dici poteſt: & rationi manifeſtiſſimè repugnat, vt per cautionẽ de iudicio ſiſtendo varietur cauſa principalis. Et videri poſſit Treutler. confudiſſe actionem contra fideiuſſores & contra reum principalem: cõtra illos perſecutio mere ciuilis eſt, niſi quod aliquando propter dolum extra ordinem puniũtur. *l 4 de cuſtod. reor.* Sed contra hunc eſt perſecutio criminalis, quæ eum ſponſione & obligatione ciuili fideiuſſorum nihil habet commune. Verum potius Treut. pinguius accepiſſe videtur Colerum cuius auctoritate nititur: qui *part. 2. de proceſſ execut c. 3. num 95. & ſeqq* agit de parte accuſante: cæterum iudici præiudiciũ aliquod fieri, & viam inquiſitionis præcludi minime affirmat: & ergo ſimpliciter dici non poteſt cauſa criminalis mutari in ciuilem. Deinde tractat de accuſatore, qui elegit viam accuſationi contrariam, vt bi cauſa tranſactionis cum cognatis occiſi III. Non tam mutari cauſam criminalem, in ciuilem, quam accuſationem remiſſam videri affirmat: quæ longè ſunt diuerſa: quippe quod ita nec tertio accuſaturo iudicio publico præiudicium fiet. Deinde cautelam illam non neceſſariam, ſed vtilem ſaltem pronuntiat.

Tandem huic cautioni affinis] Quænam hæc affinitas ſit cautionis fideiuſſoriæ de reo ſiſtendo, & cautionis de non vlciſcendo, nec coniectura aſſequi poſſum: aut aliàs inter omnes omninò cautiones affinitas quædam fuerit perhibenda.

Digitized by Google

THESIS VII.

Lit. A.

Ait hac lit. etiam manifeſtè locupletem, ſi fideiuſſores dare iubeatur, non poſſe obligatione bonorum ſuorum hoc declinare. Contra quã ſententiam diſputat *Iaſon. in l. 1. qui ſatisdat. cogant* & præcipue ei aduerſatur, *l. 15. in prin. h. tit.* quod ſi enim poſſeſſores immobilium non ſatiſdant, vtique propter bona ſua neceſſitatem ſatiſdandi euitant. Neque poſſis Treutl reſtringere ad eum caſum quo in ſpecie & nominatim fideiuſſores exiguntur: vel quia vbi præcisè hos lex exigit, vix ratio fuerit dubitandi: vel potius quia Treutl ſuprà *th. 2 lit A. & D.* tradit, vbicunque à lege ſatiſdatio exigatur, fideiuſſores requiri iuxta *l. 7. de prætor ſtip.* Neque rurſus accipere poſſis Treutl de eiuſmodi locuplete, qui nulla habet immobilia: quoniam & citra hanc diſtinctionem à Dd. hæc quæſtio proponitur eique reſiſtit *l 1. § ut legat, serv* cum præſertim ipſe quoque Treut. loquatur generaliter & quidem non de depoſitione, ſed bonorum obligatione: & vel maxime qui multa immobilia habet, locuples exiſtimandus eſt. Attamen pro Treut. facit *d l. 1. §. 1.* quod ſatiſdare teneatur quarumcunque facultatum hæres & *l. 5. 1. §. vltim. cum ll. ſeqq. de procur.* Quibus non ſatisfacere videntur reſponſiones Jaſan. tum ad *d. l. 1. §. 1.* ſpeciale eſſe in vltimis voluntatibus vt feliciorem ſortiantur exitum: tum ad *dict. l 51. de procur.* cum ibi grauetur actor, quod quamuis defenſorem cogitur admittere in alio eſſe relevandum, & commodius ad *d. l. §. 1.* forte dixerit quis ſpeciale eſſe in eo qui intervenit nomine alieno & ad *d. l. 1. vt leg. ſerv.* ibi nõ ſufficere facultates hæreditarias, quod dubitari poſſit an ſit iuſtus hæres, non autem negari quin ſufficiant aliæ cum præſertim *ex l. vltim. §. 3. quod legator*, etiã pignora hoc caſu admittantur. Exiſtimari poſſit, quod dicitur *in d l. 15* (vt etiam ſupra notatum) pertinere ad cautionem iudicio ſiſti: tum quod *ex §. 3.* eiuſdem legis & maritus & vxor propter fundum dotalem pro poſſeſſoribus habentur cum alias vtrumque coniugẽ propterea ſatiſdatione quãuis liberari fuerit abſurdum tum quia V. C. tutorem vſufructuarium ob ſolã fundi alicuius poſſeſſionem ſatisdandi onere liberari, non ſatis conuenit rationi iuris. Et hic tamen ſcrupulũ mouet *l. 7 d prætor ſtip.* vbi oppoſitio fideiuſſoris & depoſitionis argenti & auri, arguere videtur à contrario ſenſu ſufficere obligationem bonorũ immobilium. Sed reſponderi tamen poteſt, vel quod hoc argumenti genus non ſemper concludat, præſertim ex loco qui nõ vno modo explicari ſolet: vel potius, quod ICtus ibi oppoſitione illa removeat illud, quod potius videbatur admittendum: vel fortaſſis recte colligatur: ſiquidem neceſſitas fideiuſſoris dandi actuali depoſitione pignoris euitari nõ poteſt, multo minus poſſe obligatione bonorũ & hypotheca. Sed nos hic, vt in re non ſatis liquida, ſubſiſtimus.

Lit. B C. & D.

Hic perſonas diuerſas non ſatis bene coniungit, quód ſc. hac ipſa in re diverſum in iis ius. Nam & ipſe minori beneficio reſtitutionis opus eſſe agnoſcit: & militẽ extra caſus ſpeciales hic obligari nec ius eſt, de quo *inf. p. 2. diſpu. 28.* Mulieris autem interceſſio iure omnino probatur. *l 9. Cod ad Vell. l 16 in fin. §. eod.* de quo *inf. diſp. 25.* & aliud eſt, non obligari intercedentem, & poſſe ex cauſa ætatis vel priuilegii recuſari, iuxta *l. 8 §. 1. h t.*

Lit. F.

Quia perſeriam ſtandi.] Hæc ratio bona non videtur: quia poſſit ſufficere, vt dominus de peculio conveniatur: qua de cauſa etiam alias recte contrahit ſeruus & dominum actione de peculio obligat. cum alias ex iſta ratione nec contrahere poſſe ſeruum conſequeretur. Sed ſpeciali ratione negatur ſervo jus fideiubendi, ita vt inde nec de peculio contra dominũ cogi poſſit: (*de quo inf diſt 24.*) extra quam ſi in rẽ peculiarẽ vel iuſſu domini, &c. fideiubeat: ex quibus tanto magis non concludere iſtam rationem efficitur: cum etiam eadẽ ratio militet in minore quem tamen ex hac cauſa obligari Tr. admittit.

Lit G.

Nec qui fori præſcriptione] Hic procul dubio obligatur, (& commiſcet adeo Tr. eos qui plane non obligantur, & qui recuſari poſſunt.) ſed propter, privilegium ceſſat in eo facilitas conveniendi, ex qua ſimul idoneitas fideiuſſoris æſtimatur, *l 2. in pr. h t.*

Niſi renuntiet ſuo priuilegio.] Male hoc ſimpliciter pronuntiatur, niſi in verbo *priuilegii*, emphaſin ponas, & ſcil. fideiuſſorem alias iuriſdictioni ſubiectum proponas: quo caſu allegatio priuilegii, remouebitur replicatione pacti, vt in ſpecie *l pen. C. de pact.* cæteroquin plane nõ ſubiectus ſimpliciter renuntiando non efficiet, vt poſſit iudex non ſuus eum arctare ad cõparẽdũ: per notata ſup. de prorogatione ad *diſp. 2. th. 7. & vlt.* & hoc forte innuit Treut. dum mox inferendo ſubijcit, eum qui fideiuſſorẽ dat, alienæ

iuriſdi-

Digitized by Google

iuriſdictioni ſubiectum, nihil agere videri; quia talis fideiuſſor, nec renuntiando efficere poterit, vt coram iudice non ſuo conveniatur, ſecūdum quæ phraſis, *Nihil agere*, cum mea ſalis accipienda eſt: cæteroquin aliquid vtique agitur, cum fideiuſſor talis in ſuo foro conveniri queat. & ex his etiam explicandæ, *l. 7. in fin. prin. h. t. l. 1. ſi quis in ius voc.*

An ſicut fori priuilegio, ita Velliano.] Parum apte quæſtiones plane diverſas ſuper diuerſis plane remediis coniungit.

Eo poſito mulier iudicialiter.] Atquin Tr. ſe remittit *ad 25. diſp.* vbi etiam extra iudicium mulierem Velleiano renuntiare defendit: eoque adeo poſito non tantum iudicialiter ſed etiam, extraiudicialiter mulier intervenire poterit.

[*Satisdato cauebit*] Incongrue hoc loco dicitur, mulierem ſatiſdato cauere: quia cum intelligat fideiuſſionem, non qui fideiubet, ſed qui fideiuſſores dat ſatisdato cauere intelligitur.

Lit. H.

Etiam cum pluraliter fideiuſſores Lex exigit] Veram puto hanc ſententiam: I. quia Lex non cenſetur reſpexiſſe ad numerum, ſed ad cauēdi modū, & excluſiſſe pignora & nudam promiſſionē. II. Quia Lex fideiuſſores requirit fauore patris, vt ei recte cautum ſit, atqui æque bene, imo etiam rectius & melius per vnum fideiuſſorē ſatis & æque locupletem cavetur Et longe diuerſa ratio eſt eius, quod adminimum duo teſtes requiruntur: quia hoc fit ad effectum probandi, qui non obtinetur per vnum.

Quod tamen in ciuilibus.] Diſtinctio hæc non ſapit: quia etiam in criminalibus vbi quidē de pœna pecuniaria agitur, eadem plane ratio: nec diuerſa ſatis vbi de pœna corporali: quia, vt ante dictum non in pœnam ſed in ſummam pecuniæ fideiubetur Et ridicule quis dixerit plures fideiuſſores facilius reum cuſtodire poſſe: quoniam non hoc ſpondent fideiuſſores, ſed ſimpliciter, ſi reus ſe non ſtiterit, pœnam. Et Marant. quidem de conſtitutione Regni loquitur: non de iure ciuili Plane hic arbitrio iudicis locum fore non negauerim. & ſiquidem quod VVeſ. Tr. ait, ex delicti & Perſonæ qualitate hoc æſtimatur, etiam aliquando ſufficit vnus: & ego tamen locupletem ſatis regulariter ſufficere defendam.

Lit. I.

Et in criminalibus.] Hæc ad cautionem de iud. ſiſtendo pertinent, eoque contra LL. methodi iterū hac theſi inculcantur: & in tāto peius quod *th. præc. lit. E.* de fideiuſſione in cauſa criminali actum, eſt, quo loco & iſta erant proponenda.

Ne quidem alterum volentem.] Vitioſe hoc tractatur: quoniam iuxta not. *th. præc. lit E.* diſtingui oportet inter cautionem de iudicato ſoluēdo, & iudicio ſiſtēdo, pro illo nec volens admittitur, pro hoc omnino ſuis caſibus admittitur.

Vbi vero dignitas eius.] Vitioſa & limitatio ad præcedēs quo nec volentē admitti dixerat: quod ſe verū eſt, quoad pœnam principalem: id vero extra dubiū eſt eodē modo obtinere, quæcunq; etiam dignitas perſonæ proponitur. Sed quo ad cautionem ſiſti, verū eſt ad eam facilius in cauſis criminalibus eum qui in dignitate aliqua eſt, quam hominem vilem aut plebeium admitti, ſi modo alias crimen non ſit notorium.

THESIS VIII.

Hic iterum imo quartum de cautione iud. ſiſti tractat, Res ipſa ſatis bene ſe habet. niſi quod in pr. vt generalia proponit, quæ omnino ſunt ſpecialia velut illud *lit. A.* de fructibus, & magis quod ſequitur de retinenda poſſeſſione: quod quidē huc non videtur pertinere, cum actor nō de retinenda ſed adipiſcenda in actionibus realibus poſſeſſione, laboret. Cæterum intereſſe, latius patet, neque perpetuo id tantum quanti res eſt, ſignificat ſed frequenter etiam acceſſiones, & omne id, in quo culpa aduerſarij conditio noſtra facta eſt deterior qua de re alibi agitur.

Siue minor ſiue maior ſit.] Atquin hoc caſu id quod excedit non poteſt niſi pœnæ habere rationem: ideoque incidit hoc in prius membrum de pœna adiecta.

Eodem modo & reus] Non videtur plane eodem modo: vix enim eſt, vt hic in quantitatem aliquam ſummæ à ſe debitæ promittat.

Niſi tamen noua cauſa.] Hoc incongrue ſubijcitur ei quod præmittitur, non renouari ſatisdationem, ſi fideiuſſor ab initio fuerit pauper: ſed pertinet ad illud quod aliquando ex cauſa ſatisdatio renouetur.

In fideiuſſore iudiciali.] Male hoc quaſi reſtringitur ad iudicialē, cum vt renouetur ſatisdatio, omnibus ſatisdationibus prætoriis ſit commune. *l. 4. d. præt. ſtipulat.* quarum iudiciales ſpecies ſunt *l. 1. eod.* & fortaſſis aliquādo in cōuentionalibus. de quo agitur *infra p. 2. diſput. 28. th. 2. lit. f.*

Lit. B

Si ex arreſto Nobilis fugiat] Cū theſis generalis ſit, nō recte hoc quaſi ad delictū reſtringit Cæterum Nobilem ex hac cauſa pro confeſſo habendum eſſe, nec ſufficiente ratione, nec textu

Digitized by Google

probatur: textu autem ad hoc ſtatuendum omnino opus eſt, cum ex iſta fuga non niſi præſūptio naſcatur. quæ in criminalibus, vbi deſiderantur probationes euidentiſſimæ, non ſufficit ad condemnandum Et Maſcardus citatus de eo qui ex carcere extractus, & fideiuſſoribus commiſſus auffugit, loquitur: quod ipſum tamen vix admiſerim, ſicut nec hoc eiuſdē carceratū haberi omnē, qui libere recedere nō poteſt: neque enim quoad effectum tanti momenti modi fictiones admitti debent: quin potius, quod effugiens ex carcere pro confeſſo habetur, ad carcerem propriiſſime acceptum oportet referri quo facit quod ipſe *Maſcard nu. 5.* ſcribit, pro confeſſo non haberi, qui ianua aperta cum eſſet, ex carcere diſceſſit.

Hodie etiam viros illuſtres]Odioſa hæc repetitio eius quoque totidē verbis tradidit *th. 2. lit. B* & inſuper, ſicut ibidem notatum, male generaliter hoc affirmatur ex Claro, qui tantum loquitur de cauſis criminalibus.

LIT C

Reliqui cauſa cadunt.] & hoc quoque affirmatur ſine ratione & textu; imo repugnante textu *in Nov. 53. c. 4.* vbi iudex nihilominus hoc caſu iubetur examinare cauſam, aut auctorē interim rei ſervandæ cauſa mittere in poſſeſſionem, Equidem VVeſemb. citato loco eam pœnam eſſe ait ex conſtitutione quadā, quæ deſideretur ſub titulo *C de cuſt reor.* Verùm inconveniens eſt, in re tanti momenti fundamentum ponere in conſtitutione, quæ nec authentica ſit, & fortaſſis nec extet quidem: maxime cum ille titulus Codicis pertineat ad cauſas criminales, in quibus propter ſolam vadimonij deſertionem pro conuicto & confeſſo quem haberi, fuerit perabſurdum

Maximè ſi in contumacia.] Minus concinna videtur hæc limitatio, quippe quæ præſupponat, etiam citra talem perſeverantiam pœnæ huic eſſe locum & verò cum diverſa ſint, non ſtare cautioni, id eſt ad diem condictum, non occurrere in iudicio, & porro citatum & expectatum non comparere contumaciter, in re tanti momenti vagari non oportet: & ſi quidem continuata cōtumacia opus eſt, propter ſolam emanſionem puniri reus ita non poterit, & tamen nec contumaciam talem adhuc ſufficere, probat *dict. Nov. 53* & rationi iuris convenit, quo alijs remedijs contra contumaces ſatis eſt proviſum.

THESIS IX.

LIT. A.

Hoſtia ab hoſtire, quod ferire. Hanc quidem notationem Feſtus probat, ſed aliud iudicium fuit Servio & Ovidio 1 Faſt.

Victima quæ dextra cedit victrice, vocatur.

Hoſtibus à domitis hoſtia nomen habet.

Vide Gell allegatum, quem Tr. Lipſij coniecturam ſecutus, perpetuo Agellium appellat. Et Lipſius quidem *lib. 1. antiquar lect. 10.* ſcriptoris iſtius nomen ſe nunquam niſi dubitantem ponere ait, vt tamen & ibi & *5. epiſt. quæſt. c* 8. magis probet *Agellium* Ratio ei duplex à manuſcriptis, quarum fides penes ipſum ſit, & ex Priſciano qui *lib. 4.* in hæc verba ſcribit: *servus servi servius, servulus servulius, agellus agelli agellius &c.* ex quo loco non niſi, abſurde & inepte ſcriptorem noſtrum Attic. Agellium appellari debere colligas, & vel ideo mutandi illius nominis ratio nulla, quod & *Fulvius Vrſinus d famil pop Rom.* & accuratiſſimus ſcriptor *Onufrius d antiq. nomin.* Gelliæ gentis meminerunt, & in 20 plus minus inſcriptionibus antiquis eius mentionem fieri, admonuit me Clariſſimus Gruterus: neque minus certum eſt. quod Aulus apud Romanos fuerit prænomen.

LIT. C.

Ad illas & mobilia feſta.]Nulla hic ratio dubitandi, quippe cum propterea, quod non ſemper incidant in eundem diem, non poſſint deſinere eſſe ſolennia. Cæterum definitio feſtorum mobilium, quod ſint feriæ in diem certum menſis conceptæ apud *Sich. in l. 3. C. de dilect.* non extat, imo ea ſuſpectæ fidei eſt, & contrario modo feſta illa immobilia ſunt, quæ conſtanter eundem perpetuo diem menſis ſervant: & ea mobilia, quæ non ſervant, & diuerſis annis non raro aliquot ſeptimanis prævertunt.

LIT. D.

Hos quoque omnibus prodeſſe.] Probandam puto hanc ſententiam, non obſtante *in prin. de fer.* ad quam dupliciter reſponderi poteſt. I. quod illa cauſa *quia occupati circa rem ruſticam,* non finalis ſit ſed impulſiua, qua iuxta vulgatam Dd. traditionem ceſſante, non protinus ceſſat diſpoſitio. II. Ruri occupatos cenſeri non tantum ruſticos, ſed etiam pleroſque cives, & cum in iudicijs non tantum ipſis quos res concernit, ſed alijs multis perſonis, Aduocatis, Procuratoribus & teſtibus opus ſit, aliter ſi ſtatuamus, facile fieri poſſit, vt contra *d. l. in prin.* aliqui ab operibus ruſticis auocentur. Quam vtramque rationem

Digitized by Google

tionem attingit gloſſa, ibid. hanc ipſam ſententiam probans, quam ſimpliciter ſequitur *Bart. in dict. l. 1. de fer. & ibid Caſtren.* ubi ait etiam in cauſa mota contra aliquam univerſitatem locum eſſe ferijs iſtis, licet ea non occupetur operibus ruſticis: quod & notat *Bald. ibid nu. 2.* ubi tamen magis exiſtimat cauſam in *d. l. 1.* eſſe finalem, ſed ſufficere quod in pluribus verificetur; & iſtam ſententiam communiter teneri teſtatur *Iaſ. ibid. col. 2.* ubi addit, quod dictum generale, etiamſi ratio ſubiecta ſit ſpecialis, nõ tamen propterea neceſſario per eam reſtringatur. Plane non obſtat *l. 1. C. de agric.* in qua tractatur de oneribus perſonalibus, ad quæ ruſtici tantum in meſſibus occupati extrahi & avocari prohibentur.

LIT. F.

Illud, niſi ſacra ſint, renunciari poteſt] Rectum ferias iſtas diſtinxiſſet, quod aliæ dicatæ ſint cultui & honori divino, aliæ occupationibus & utilitatibus privatorum. Et his ſcilicet renunciari poteſt, non tantum expreſsè, ſed etiã tacite *per l. 1. §. 1. de ferijs.* ibi *præſentibus & ſponte litigantibus*, ex quo illud notat *Iaſ. ibid.* ubi ait quod exceptio feriarum ſit opponenda, alias proceſſum valere. Fuerit ſane in omnem eventum tutius, ut expreſſe renuncietur feriis; quod monet Treut his verbis, *quæ renuntiatio à parte rei tutius fiet expreſſe*: pro eo quod dicere debuit, cautius & tutius facturum actorem, ſi a reo ferijs expreſſe renunciari curet. Cæterum ferijs cultui divino dedicatis renuntiari non poſſe, nec quicquam ijs diebus coram iudice vel arbitro compromiſſario recte agi probatur ex *l. õnes 7. Cod. d. ferijs. Menoch. 1. d arbitr. quæ 30. Marant. pag. 4. diſt. 16. num. 64. Eaq; glo. Bart. & Bald. in l. ſi feriatis 36. de arbitr. d.* textum ad eas ferias, quæ meſſium ac vindemiarum; cauſa cõſtitutæ ſunt, reſtringunt, in quibus tamen terminis vix videtur eſſe ratio dubitandi & in ferijs paganorum forte aliud iure veteri obtinuit, quæ videtur ſententia Hottom. 8 *obſ. 10. ubi poſtrema verba l. l. 36.* à Tribonian. reſpiciente *ad l. 7. C. de ferijs*, putat adiecta.

Ferias ſacras variari poſſe.] Sententia hæc vera eſt, ſed niſi verbum, *ſacras*, ſtrictiſſime accipit, ſubiecta ratio falſa, quod ius divinum à iure civili tolli non poſſit: quod ſcilicet pleræq; feriæ, quæ ſacræ dicuntur, ex iure divino non ſunt, veluti feſta Apoſtolorum, natalitia martyrum de quibus agit Pontifex *in c. 3. de ferijs*, ad quod ſe refert *Menoch. 1. de arbitrariis q. 30 nu. 12.* & de ijſdem tractat. *Marant. part. 4. diſt. 15. num. 63. & ſeqq.* quos cum citet Treut. ſequitur eum ferias ſacras latius accipere, & conſequenter ſubiectam rationem falſam eſſe.

Poſtremum exiſtimo verum eſſe] Diſcrepantibus ferijs in diverſis locis iudicis ferias obſervandas ſtatuit. Cæterum præſuppoſito quod diverſitas Calendariorum, vel etiam religionum, ex quibus duobus ferè diverſitas feriarũ dependet & exiſtit, permittitur in Republ, rei quoque rationem habendam eſſe non dubitaverim. Fuerit etiam abſurdũ, reum, verbi, cauſa Lutheranæ religionis, citatum ad diem, in quem forte natalis Chriſti incidit, coram magiſtratu Pontificio, cui dies ille ſacer non ſit, comparere teneri.

Non recte addunt rationem.) De hoc actum diſputat. præced quo ipſe ſe remittit Tr. Cæterum quam intelligat diſtinctionem, quæ non tollat modum, haud ſcio: ſiquidem Sichard. loc. citat de alia & diverſa quæſtione tractat, ſi videlicet poſtremus dies termini incidat in diem feriatum.

THESIS X.

LIT. A.

Non enim comprehendit dilationes à legibus.) parum hic ſui memor fuit lit. E. ubi exempla & ſpecies dilationum legalium proponit.

Non nova dilatio.) Prima proponit, quod non nova dilatio decernatur, ſed à lege datę tempus prolongetur. 2. Reddit rationem, quod dilationes ſint amputandæ Atquin eodem res redit ſive nova detur dilatio, ſive iam data, eodem ſpacio prolongetur; neque verbis, ſed rebus leges impoſitæ ſunt: quin imo conceſſio dilationis novæ ad amputandas dilationes magis proficiet: quod cum tres ad ſummum dentur dilationes, prima prolongata & producta habebitur pro una. Quod ad propoſitionem attinet, duo conſiderari poſſunt: tum quod ſine cauſa hoc reſtringit ad dilationes legales, de quibus initio hic ſe acturum negat, cum præſertim hoc in dilationibus legalibus difficilius locum habeat, de quo mox ſub lit. D. tum quia cũ proponatur de dilatione quæ effluxit, quod amplius non eſt. prolongari & prorogari non poteſt: & longe rectius ipſe allegatus *Gail. 1. obſ. 91. numer.* 8 dilationem eo caſu ait redintegrari; & *num.* 10. prorogationem eſſe dilationis non dum elapſæ extenſionem, neque enim prorogari poſſe quod non eſt:

N 3 Proro-

LIT. B.

Prorogatio ſive aſſignatio.] Genus hoc improprium & metaphoricum videtur, & potius dicendum, quod dilatio ſit rei agendæ ad alium terminum vel diem, rejectio: vel nihil aliud eſt dilatio, quam ſpatium & interſtitium aliquod, quod recte etiam notat *VVeſemb in parat. C.h.t. infr.* quem Tr pro diſſent. allegat, ita tamen ut huius quoque ſententiam veram eſſe dicat: & ſane de verbis pugnandum non eſt: quamvis idem Weſemb dilationem ibidem quoque definiat termini, intra quem aliquid faciendum ſit, aſſignationem.

LIT. C.

Ab alterutro reorum.] Abutitur hoc verbo, dum ſub eo actorem quoque comprehendit: & quod dicuntur rei ſtipulandi, non facile alio trahendum aut extendendum eſt: & eſt omnino uſurpatio iſta a iure noſtro paulo alienior, licet veteres verbo hoc ita uſos teſtetur Feſtus in verbo reus.

In illius præiudicium renuntiari nequit. Nimis generaliter & indefinite hoc affirmat. Equidē quoad ad illas dilationes attinet, quæ à lege ad certum aliquem finem alterutri litigantium dantur, verbi cauſa ad deliberandum, ad litem conteſtandam, &c. illis libere partes uti vel nō uti, adeoque renuntiare libere poſſunt: quod utique hic alteri nullum ius quæſitum dici poſſit, à quo quidem tota huius quæſtionis dependet deciſio. Neque aliter ſtatuendum videtur in iis dilationibus, quæ communi iure à iudice partibus indulgentur, neque obſtat *l. 2. & 7. c. d. ferijs,* quia comparantur illæ feriæ ſecundum quid: & leges ſunt coniungendæ legibus: & prohibitio referenda eſt ad iudicem qui invitis partibus citra nullitatem procedere nō poteſt. Sed controverſia videtur eſſe de eo dilationum genere, quæ ſpeciali quodam favore & iure conceduntur, quarum exemplum *in l. petendæ, C. de temp. in integr. reſtit.* ubi huius quæſtionis ſedes. Et video communius probari ſententiam Tr. quod impetrata dilatione tali ſtatim ius alteri parti ſit quæſitum, qua adeo in vita in eiuſque præiudicium renuntiari non poſſit *Tiraq. d. retract. gentil. § ult. ad fin tit. num. 2. poſt Bald. in dict. l petendæ, & in l. ſi arrogator. nu. 7. de adoption. Speculat. dict. de lat § videndum verſ. in ſumma, & verſ. quid ſi reus, num 14 & 16.* eodemque inclinat *Caſtrenſis in p l petendæ, C. de temp in integr. reſtit. in fin.* Vide etiam *Sf. Odd. reſtitut. part. 1. quæſt. 47. art. 11.* Sed magis placet, ut diſtinguamus cū *Salicet. in d. l. petendæ num. 6.* ut renuntiare liceat reo, antequam faciat recipi probationes, ſed poſtea in viro adverſario non liceat: idque probatur *ex d. l. petendæ, in fin* ibid. *etiam actor,* quæ implicativa ut Salicetus loquitur, demonſtrat literam loqui, quando reus non renunciavit, ſed probationes perquirit & inveſtigat: eaque procul dubio ſententia eſt *Bartol in d. l petendæ,* ubi diſtinguit, an res ſit integra nec ne. Fac. *l ſi iudex, 41. d minor.* tum per rationem ibi ſubiectam, tum per exemplum, quod ibi minor ſententia in favorem ſuum lata, licet alterum eius caput pro adverſario ſit, ita poteſt non uti, ut ex ea adverſarius agere non poſſit. Neque obſtat quod ius quæſitum videatur adverſario: quia ut recte Salic. ius perfecte & pure quæſitum nō eſt. Nō etiam obſtat, *l. ſi poſt mortem, § ult. de bon. poſſ. cōtra tab.* vel quia ita prætor edictum cōpoſuit, ut omnimodo præterito filio inſtituto etiā eſſet ius petendi: vel quia, ut reſpondent *Bar. & Salic.* inſtitutus ibi, non contra ipſum præteritum, cuius beneficio poſſeſſionem contra tabulas petit, ſed contra tertium venit.

LIT. D.

Ita contrahi ab eodem poteſt.] In iudicialibus dilationibus nulla difficultas, quas etiam iterato & ſæpius à iudice dati poſſe docet *l. 7. h. t.* quod cum ſummam habeat rationem fruſtra *A. Fab. verba dict. l. 7. Sed utilitati, & ſeqq.* Triboniano adſcribit: ſed in legalibus, de quibus (licet verba Treut. illas reſpiciant) quæritur, an à iudice contrahi vel dilatari poſſint. Quod negādum videtur, quod iudex miniſter legis contra legem nihil ſtatuere poteſt. Plerique tamen ex circumſtantijs iudicis arbitrio aliquid hic permittendum putāt, ita tamen ut dilatio facilius, vix coarctatio permittatur *VVeſemb. in par. h. t. num. 13 arg l 9 6 d iud.* Alij diſtinguunt, an lex aſſignet terminum ſine iudice, an per miniſterium iudicis *Menoch. 2. de arb. caſ. 52.* quam diſtinctionem ex *Dyno. refert. Caſtrenſis in l. 2. de re iudic num. 4.* Sed obſtat *dict. l. 2.* ex qua ibi. Bart. indiſtinctè ex cauſa dilationes legales à iudice proferri aut conſtringi poſſe putat. Niſi quis dixerit ſpeciale eſſe; in ea dilatione, quæ iudicatis datur, quadā ratione miſerationis, quod & notat *Forner. 2. ſelect. 15.* ad expediendam ſolutionem: nam ubi ſi reus moroſe actorem ludificaverit, vel alias ſolutionem facile expedire queat, ceſſante cauſa conceſſionis merito iudici aliquid licere debeat: ſecundum quæ *l. 4. § 5. eod. tit.* de coarctatione termini quæ citra cognitionem

cauſæ

Digitized by Google

cauſæ facta eſt, cum gloſſ. & Dd. accipi debet ſi forte iudex per errorem aut incogitantiam breviorem terminum in ſententia aſſignaverit: licet *Ant. Fab. 11. coniect. 17* locum illum à Triboniano exiſtimat interpolatum. Secus erit in dilationibus & terminis, quos lex ſimpliciter actui alicui vel actioni præfinit. Non abs re etiã videtur diſtinguere *Caſtr. in d. 2. de re iud.* inter tempora quæ dantur favore illius cui dantur: & quæ dantur magis in eius damnũ, ad excludendum ipſum à iure ſuo: ut illa poſſint contrahi & prorogari, licet dentur à lege ſine miniſterio iudicis, hæc non poſſit.

LIT. E.

Cauſæ eius ſunt variæ.) Cum tota theſis ſit de iudicialibus, non ſine vitio hic proponuntur exempla legalium dilationum.

THESIS XI.

In cauſa criminali duæ.) Ratio differentiæ à cauſa criminali videtur, quod verſatur intereſſe Republic. ut delicta detegantur: reo autem tres dantur propter gravitatem cauſæ ne innocẽs puniatur: Exceptio eſt in crimine adulterij *l. 4. d. adult.* partim favore matrimonij, partim odio adulterorũ, partim ob criminis qualitatẽ, quod occulte cũ fiat, teſtes nõ aut vix admittit: ideo datur dilatio ad exhibendas perſonas, quæ quæſtioni aut examini ſubijciantur. Quæſtio, quæ cauſa civilis, quæ criminalis ſit, lit. A merito alio remittitur: & omnino ea hoc loco, nec movenda quidem, aut proponenda erat.

DISPUTATIO VI.

DE PACTIS.

Reſpondente

CONRADO DE SPINA, Aquiſgranenſi.

THESIS I.

LIT. A.

P*Actum idem eſt cum conventione*) Vix videtur hæc uſurpatio vocis, *pacti*, uſui iuris convenire ut etiam contractus contineantur, maxime nominati: etenim in nominatorum propter eorum cum pactis affinitatem & quod ſpeciale nomen ſortiti non ſunt, ſpecialis videtur ratio: & adduci ſolet *l. 15 de praeſc. verb.* ex quo loco tamen non ſatis id probari videtur. quia cum dicat ICtus pactionem non eſſe nudam, ut quis dicat ex pacto non naſci actionem, eo ipſo pactum illud non eſſe innuere videtur. Attamẽ cum ipſis fatentibus neotericis pactum à pactione non differat difficile dictu eſt, pactionem nomẽ generis non eſſe, *vid: leg. 10. Cod. de pact. l. 3. d. uſur. l. 20. ad l. Corn. de falſ. l. duo 71 pro ſoc. l. 1. §. 2. & 3 l. 7. in pr de pact. l. ſi quando, 3. 5. §. 1. C de in off. teſt. Don. ad rubr. Cod. de pact. n. 13. & ſeqq. Hott. 1. amic. reſp. B.* & adiectio illa nudi, arguit aliud pactum eſſe non nudum ſive veſtitum. Neque enim de nomine pugnamus. Ait Cuiacius pacta dici nuda explicationis non diſtinctionis gratia: verum dici tantum, non ſatis probat. *& in l. 15. de praeſcr. verb. & in l. 10. C. h. t.* nudam pactionem non nudæ opponi vix poſſis negare & ſuo ſe perit gladio Cuiacius. Morbi quidam dicuntur acuti: an igitur inquit, quidam erit obtuſi; Eſto ne vocẽtur ita; omnes tamẽ morbos acutos non eſſe medicorum nos docebunt pueri. Sufficiat, quædã pacta non eſſe nuda, ubi de re cõſtiterit, de nomine non erimus moleſti Et alias quoque verbum hoc, nudi, diſtinctionẽ importat: ita enim proprietas nuda, uſus fructus nudus, fama nuda, quæ opponitur veſtitæ, cum qua ſc. præſumptiones inditia & c. cõcurrũt *Frch. l. 1. de fam. c. 14.*

Pactio à pacto ut cauſa ab effectu.) Atquin hæc duo paſſim in iure confuſim uſurpari videmus, & *in l. 1. §. 2.* pactio dicitur plurium conſenſus, quam diſinitionem ipſe Tr. pacto tribuit, & *in l. 7. §. 4 eod.* pactio nuda negatur parere obligationem. Videtur quidem Tr. pactionem accipere pro ipſo paciſcẽdi actu, pactum autem pro iure quod inde exultat. Verum hæc diſtinctio neque ratione neque iure probatur, & paſſim pactum quoq; ipſum actum denotat; quo reſpectu dicimus exceptionem pacti. Et deductio Grammatica eſt, qua *in l. 1. §. 1. h. t.* pactum dicitur appellari à pactione: qua de cauſa alij malunt legere, pactione.

LIT. B.

Duorum vel plurium.) Equidem hæc definitio ICti eſt, attamen videri poſſint illa verba ſuperflua, ſiquidem conſenſus non eſt niſi inter plures. Quin & ſi verba, prout iacent, accipiantur, latior erit definitio: ſiquidẽ etiam de quæſtione aliqua idem ſentientes, in idem placitum conſentire recte dicuntur. Fortaſſis rectius cõventio definiatur, de dando vel faciendo conſenſio.

Quomodo à pollicitatione.) Pollicitatio in uſu iuris ſignificat promiſſionẽ μονόπλευρον Reipubl. & univerſitati factam, quod ſi verbum iſtud ad privatorum conventiones transferatur, idem ſignificabit quod pactum, velut *in l. 5. C. de contrah. ſtipul.* ideo non probo Treut. cui pollici-

Digitized by Google

pollicitatio eſt omnis promiſsio quæ eſt citra alterius acceptationem: in quo errore etiam eſt Fach. 8. *controv.* 64.

Nullum igitur eſt dubium,&c.) Quod ſequitur, ex præcedentibus non recte infertur: ſiquidem quibus diverſa ſententia placet, tacentem pro conſentiente habent: quod & ipſe Treut. ſubjiciens ſibi contradicere videtur: in eoque Fachin. *dict. loco*, manifeſte labi, videtur, dum admittit tacentem pro conſentiente haberi, pollicitationem tamen manere, neque pactum eſſe contendit, Etenim non de nudis verbis, ſed de ipſa re quæſtio eſt: nimirum ſi quis præſenti debitum ſe remittere, aut aliquid donare profiteatur, an taceti neq; acceptati exceptio inde quæratur aut actio. Poſsint alias verba Tr. *nec per hoc ipſum,&c.* tãquam per occupationẽ dicta accipi, quod licet alias tacens habeatur pro cõſentiente, id tamen in propoſito non habeat locum. Quæſtionem hanc ex profeſſo tractat *Menoch. 3. præſumpt.* 41. (nam apud *Br Bl. & Cyn.* locis citatis nihil tale extat,) qui utramq; opinionem fere pro communi agnoſcit. Et ego tamen contra eum in ſententiam negantem cum Tr. ſum procliuior: quia nullo caſu tacens qui libere conſentire poteſt, quo ad hũc effectum, ut ei actio vel exceptio quæratur, pro conſentiente habendus videtur. Neque enim taciturnitas ſufficere debet & prodeſſe ei, cui imputari poteſt; quod voluntatem ſuam non declaraverit, & qui merito videri poteſt repudiaſſe beneficium, quod non obtruditur invito. ergo tacentem pro conſentiente haberi, tum maxime obtineri credendum eſt, ubi de præiudicio alicuius præſentis & actum contradictione ſua impedire valentis tractatur ex quo recte reſpondetur ad regulam, quod qui aliquid patiatur pro ſe fieri, mandare intelligitur: quia hoc dicitur ad eum effectum, ut V. C fideiubenti contra patientem actio quæratur: quo pertinet *l.* 60 *de reg. iu l* 18 *mandati*, ubi alius alium ſibi obligare intendit, qui per taciturnitatem & patientiam illius decipi non debet, & eſt hæc fictio non veritas, neq; adeo extra terminos ſuos trahi debet. Nihil plane obſtat *leg.* 12. *de ſponſ.* ubi ratio decidendi pendet à iure Poteſtatis & pudore Filiæ: & ut iocari liceat, filia non præſumitur repudiare maritum. Plane ſi conſenſus quædam ſigna præceſſerint, vel ante de remittendo actum fuerit inter partes, ſententia Menoch. admitti poteſt. Eſt utique illud nõ generale, quod tacens pro conſentiente habeatur, arg. *l.* 8. *§.* 1. *d. procur.* qua de re vide *Dd & præcipue Salicet. in l. invitus* 17. *C. d. procurat.* ubi diſtincte tradit, an & quando tacens habeatur pro conſentiente.

LIT. C.

Hac lit. ex verbis *l* 1. *§.* 3. *h. t.* contrahendi trãſigendique cauſa, probari putat Treut. quod conſenſu obligatio naturalis vel civilis conſtituatur vel tollatur Minus bene I. Quia naturalis obligatio quæ civili opponitur, non recte dicitur conſtitui contractu II. Quia in tranſactione, ſive pactis quibus tranſigitur plerumque de obligatione conſtituenda, verbi cauſa dando vel faciendo tractatur. III. Quia inconveniens eſt, ſub tranſactione comprehendere modos ſive pactiones tollendæ obligationis: & IV. Non recte conſenſum confundit cum conventione, de qua agit ICtus *in dict leg.* 1. *§.* 3.

LIT. D.

Conventio cum cauſa.) Hæc definitio contractus eſt, in qua differentiam, *cauſam*, explicat de omni datione & facto quod in aliquem ea lege proficiſcitur, ut viciſsim aliquid detur aut fiat. Qua explicatione admiſſa definitio anguſtior erit definito: quia non competat ſtipulationi, neque proprie commodato, depoſito, pignori, in quibus eadem res reſtituenda eſt: ſed neque contractibus conſenſu conſtantibus, qui citra ullam dationem aut factum perfecti ſunt; minime autem omnium pactis legitimis, quæ tamen ſub contractibus th. ſeq. Treut. cõprehendit, quod & exigit oppoſitio hic propoſita pacti nudi. Et ſub hac explicatione definitio hæc contractuum in nominatorum propria eſt *argum. leg.* 7. *§.* 2. *h. tit.* Alia definitio contractus proponitur *in* 19 *de verb. ſignific.* quod ſit ultro citroque obligatio; quam quidem definitionem Gœddeus ibid. invito etiam ICto, qui diſerte mutuum & ſtipulationem opponit contractui, vult eſſe generalem, & neſcio qua contorta explicatione verba, ultro citroque obligatione ſeparat. Plane niſi ſubiecta obſtarent exempla, non abſurde dici poſſet, quoſdam contractus ſtatim ab initio utrinque parere obligationem, quoſdam ex poſt facto: velut mandatum, depoſitum commodatum, pignus, tutela, negotiorum geſtio: Quo reſpectu *Iuſtin in §.* 1. *l. de obligat. quæ quaſ. ex contr* ex negotiorum geſtione ultro citroque ait naſci actiones & *in §. eod tit.* ex cauſa tutelæ mutuas eſſe actiones. Difficile eſt different am dare communem, quæ omnibus contractibus conveniat,

Digitized by Google

ueniat, & ſi eius loco, *cauſa*, poni debeat, & obſcura erit definitio, & longe aliter verbum illud explicandum erit, & quacunque tamen adhibita interpretatione difficile ea contractibus conſenſu conſtantibus poterit accommodari, & ex hoc fundamento à pactis legitimis vel etiam nudis diſtingui: quippe quod nihil habere videatur V. C. tantum perfecta emptio, quo à pacto permutationis diſcernatur: & pactum de vendendo, cum acceptatione alterius coniunctum, ipſa venditio eſſe videatur. Ulpianus ſane *in d. l. 7. h. t.* in nomine vim aliquam ponere videtur: quo facit, *l. 1. § 2. de rer. permut.* non quidem, quod a nomine, re accidentali & externa totum hoc pendere exiſtimauerit, ſed quod conuentiones, quæ iure gentium nomen invenerunt, & apud omnes gentes receptæ fuerunt, eius qualitatis ſint & conditionis, vt in quacunque Repub. obligationem efficacem & actionem ex ijs naſci, æquum bonum, imo neceſſarium habitum fuerit. Et ſane in illis obligationibus alter alteri ſine alterutrius damno obſtringitur, quod vel vtrinque aliquid præſtetur, vel ſi tantum ab vna parte, actio ad idem vel aliud petendum concedatur. Accedit quod in contractibus conſenſu conſtantibus certa eſt & finita natura, certæ præſtationes, magna eorum neceſſitas frequentia & vtilitas, propter quas & alias cauſas apud omnes populos recipi meruerunt.

LIT. E.

Recte hic probat Treut. diſtinctionem Dd. qua pacta dividunt in nuda & veſtita. Et vt comprehendantur omnia membra, ex mente Dd. dicemus conventionem eſſe vel nudam vel veſtitam: hanc vel à natura ſua, & eſt contractus: vel ex accidenti, quod vel eſt aſſiſtentia legis, & eſt pactum legitimum: vel cohærentia contractus, & dicitur pactum adiectum.

THESIS II.

In diviſionibus hac th. propoſitis hæc notari poſſunt. I. Quod re ipſa incidunt in diviſionem th. præced. ſiquidem pacta etiam publica fiunt vel ſtipulando, vel paciſcendo. II. Quod ſpeciei infimæ videlicet pacto quod iuriſgent. appellat, applicari poteſt diviſio prima, in publicum & privatum, imò etiam diviſio th. præced. cum cauſa & ſine cauſa: & omnino explicatio verſi *iuriſgent.* repugnat. vſui iuris, & nominatim Ulpiano *in l. 7. h. t.* quem tamen vult videri ſequutus, vt patet *ex l. 5. eod.* in qua cum Vlp. privatam conventionem diſtinxiſſet in legitimam & iuriſgentium ſub illa *l. 6.* tantum pactiones legitimas in ſpecie dictas, ſub hac *l. 7. in princ.* expreſſe etiam contractus comprehendit. III. Quod iuxta explicationem Treut. ſubdiviſio tradita lit. C. & D. eſt ipſa theſ. præced. propoſita diviſio. IV. Quod contractus opponit conuentionibus iuris gent. cum tamen perpetuo contractus ad iuſgent. referantur reuera etiam ab eo iure totam eſſentiam habeant, à iure ciuili autem nudam approbationem. Tandem tractatio pactorum publicorum, ab hoc loco videtur paulo remotior, & *in l. 5. h. tit.* obiter tantum eorũ ſit mentio.

LIT. A.

In qua l. 12. non opus eſt.] Siue cum Petro Fabr. pro *nihil* [illegible]gas, *id.* ſiue ellypticam locutionem dicas cum *Cuiac. 24. obſeruatur* (& illud tamen violentum, hoc inſolens & durum eſt) dura inde efficitur ſententia, captos bello, pace poſtea facta ſi reuertantur, non habere ius poſtliminij quod ratio ſubiecta ſuadet, de ſpe poſtliminij in virtute bellica potius quam in pace reponenda: & ea tamen non ſatis concludens; quod nulla videtur maior dari aut conſiderari poſſe virtus in eo qui tempore belli reuertitur: quin neque privatus ab hoſtibus captus virtute bellica ſe in libertatem vindicare poteſt: & non tantum qui victis hoſtibus recuperati, ſed etiam qui alias reuerſi ſunt, iure poſtliminij vtuntur. *§. ſi ab hoſtib. 5. Inſtit. quib. mod. ius poteſt ſolv.* Poſsit forte hæc ratio conſiderari, quod inita pace quaſi tacite, vt omnia in eodem maneant ſtatu, actum & conventum videtur. Alias ſane humanior eſſet Accurſ. explicatio, vt in pace etiam poſtliminium habeant, de quibus non haberent, expreſſe cautum non eſt, quod etiam ib. inſti. pr. proponitur.

Et hoc caſu princeps] Hanc ſententiam communem teſtatur *Iaſon. in l. 5. h. t.* allegans omnes *in l. fin. C. ſi contra ius*: quæ non vſque adeo male probatur ex ijs textibus, quibus principem res aliorum in alios transferre poſſe probari videtur: & potius ratio *Treut. ex l. 1. § 2 de Inſtit. & iur.* longius petita videtur, quod ibi de diſtinctione iuris in privatum & publicum agatur. Ratio ex politicis petenda eſt: ſcilicet in bello hinc inde varia inferuntur damna, quæ ipſa conſtitutione pacis & fœderis, facta ab eo penes quem eius rei ius eſt, remiſſa, eorumque perſecutio ſublata intelligitur, vt maxime eius re nulla facta mentio ſit. Cæterum de officio principis in bello ſuſcipiendo, gerendo & componendo latior diſputatio eſt, quam vt hic tractari debeat.

Digitized by Google

Pactum etiam principis impunitatem.] Hæc tractatio & quæſtio ab hoc loco paulo videtur alienior: tum quia indefinita huiuſmodi promiſſio, vt proponitur in fin. liter. A. vix cenſenda iure pacti: aut quod pacta publica dicuntur reſpectu obiecti, non cauſæ efficientis.

Cuius tamen ſententia in iudice.] Patum apta hæc limitatio eſt de iudice inferiori, cum, quæſtio ſit formata de principe. Cæterum iudex talis impunitatem promittendo non recte agit, neque probanda cautela hæc, vt eo modo confeſſio rei eliciatur, cui alias minus tribuendum videtur, quod non tam conſcientia, quam promiſſionis fiducia, vt carcere quam primum liberetur, confeſſus præſumi poteſt: quod recte p[...] alios notat *Bocer. 5. de iuriſdiction. num. 69.*

Quid vero ſi detegenti &c. Non [...]m hoc quærendum, an omnibus ſeruanda, ſed magis an omnibus & ſequentibus quoque fides data videatur. Neque aliunde ſententiam Treut. defendere poſſis, quam quod tantum fides data cenſeatur primo, qui quaſi occupaverit: quo facto princeps ſcopum ſuum aſſequutus videatur, qui vt in notitiam ſceleris perueniret, impunitatem edixit. Attamen verendum, ne ſub fide publica cæteri ita decipiantur, qui ignari alium præuertiſſe, fidem illam ſequuti facinus detegunt: cum præſertim non expreſſe primo, ſed indefinite reuelanti facinus impunitas promiſſa proponatur. Et poſſit videri princeps pœnam remiſiſſe pœnitenti, intelligitur autem pœnitentiam agere delicti, qui illud reuelat. Et ergo fortaſſis etiam ſecundo ignoſcendum erit, niſi ſecius cœpta iam & inſtituta inquiſitione accedat: alias non abs re fecerit princeps, ſi publice reuocet promiſſam impunitatem.

LIT. B.

Si perſonæ habiles ſint:] Hoc extra propoſitum, cum hic agatur de diuiſione pacti ſumpta ab obiecto, ſcilicet perſonæ habiles præſupponendæ ſunt, de quibus agitur th. 5.

LIT. C.

Vt pactum in ſpecie.] Iam ante notatum eſt, male pacta nuda ita referri ad ius gent. vt oppoſitione, facta ab eo contractus excludantur. Sed minus probanda videtur explicatio phraſis illius *in terminis iuris gent. ſubſiſtere*, id eſt *prodeſſe ad exceptionem*: vel quia eiuſdem iuris ſunt exceptiones & actiones, vel quia ex ratione iuris gent. etiam pacta ad actionem proſunt, de quo infra th. 9. vel denique quia hoc ipſum quod ad exceptionem proſunt à iure ciuili pacta habent. Plane cum relatione ad Rempub. aliquam habita, quæ iudicia cõſtituit, aliquid in terminis iuris gent. ſubſiſtere dicimus, hoc cuiuſque conſcientiæ & fidei relinqui, intelligere videmur.

Non quo ad conſiderationem originis.] Et ergo Treut. pacta nuda & contractus ab effectu tantum diſtinguit: quæ differentia ex iure ciuili, ſed non ſola eſt; ad rationem autem iuris gent. iuxta paulo ante notata, diſtinctio falſa eſt. & in eo minus dicit, quod originem contractuum ad ius genitum refert, à quo tamen tota illorum eſt eſſentia.

LIT. D.

Contractus & pacta quæ in ſpecie dicuntur legitima.] Et ergo pacti legitimi generalius in theſi ſumpti, duas tantum facit ſpecies: ſicut eodem modo *in. 1. lit. E.* pactis nudis tantum opponit contractus & pacta legitima. Atqui eſt & tertia ſpecies pactorum adiectorum, quæ cum ad actionem proſint, nuda dici non poſſunt: & ea tamen neque legitima neque contractus ſunt, licet contractui ineſſe dicantur: & Tr. pacta de vſuris *in caſu Nov. 136. c. 4. l. 12. C. de vſur. l. 30. D. eod.* legitima eſſe negat, & ea tamen ad actionem proſunt, & vtique contractus non ſunt.

Ex *iure Cod. leg. 6. de dot. promiſſ.*] Recte Treut. pactum quo promiſſa dos eſt, hic refert inter legitima, contra *Connan. 5. Comm. 3.* qui ſtatuit eſſe conuentionem cum cauſa, de quo agitur *infra pag. 2. diſp. 7. th. 3. lit. G.* Verum illud male quod *d. l. 6.* hodieque vigere dicens non obſcure exiſtimant, etiam poſt *l. vn. C. de rei vxor. actum.* ſanctionem *dict. l. 6.* vtilem & neceſſariam eſſe, quæ etiam ſententia eſt *Fort. Garcian. l. 6. h. t. num 23. & ſeqq.* vbi contendit ſtipulationem tantum fingi interueniſſe ex parte vxoris ad repetendam dotem. Verum repugnant expreſſe verba *d. l. vn. C. de rei vxor. act. §. 1.* vbi ait Iuſtin. ſe emendare & inutiles ſtipulationes, & facere vt ineſſe credantur: & paulo ante, ſiue ex parte mariti, ſiue mulieris, ſiue ipſæ principales perſonæ dotes dederint, promiſerint vel ſuſceperint, ſiue aliæ pro his perſonæ: & *inf. d. §. 1.* nihil prohibet, ſi ſine ſcriptis dos detur vel promittatur, vel ſuſcipiatur intelligi factam ſtipulationem ex vtraque parte: verius eſt ergo, poſt iſtam conſtitutionem nullam amplius vtilitatem & neceſſitatem eſſe. *l. 9. C. de dot. promiſſ.* quod etiam notant *Accurſ. Cyn. & Salicet in dict. leg 6.* neque aliter ſentit *Connan 5 Comm 3 num. 1.*

Vbi recte removet pactum compromiſſorium.]Vtiq

ad

illa pacta legitima dicuntur, ex quibus ad id, quod pacto continetur, actio datur. Atqui in *l. 5 C. de recept. arbitr.* ex qua opinionem ſuam male extruit Giphan. agitur quidem de caſu, quo ſine ſtipulatione pœnæ in arbitrium pacto nudo conſenſum eſt, ſed non ex hoc pacto actio datur ſiue ad cogendam partem vt arbitrum adeat, ſiue ad cogendum arbitrum, vt ferat ſententiam: ſed in fauorem actoris ex ſententia arbitri aditi ſine pœnali ſtipulatione actio datur: actio nempe in factum, ad exemplum actionis iudicati, & quidem tum demum, vbi ſententia ea partium ſubſcriptione, vel ſilentio decendij fuerit homologata. Nimirũ iniquũ Iuſtin. videbatur, in propoſito caſu ſententia pro reo lata, locũ eſſe exceptioni; at actori vincenti nullũ remedium ſupereſſe.

L. 35. C. de donat.] Qui ſcilicet L. Iuſtin. introduxit actionẽ etiamſi nudũ pactũ donationis interuenerit: Et inanis eſt argumẽtatio *Bart. in l. 6. h. t.* quod nõ ex pacto, ſed propter pactũ naſcatur actio; quem recte reprehendit *Garcias ibid. nu. 16.*

Ex iure prætorio conſtitutum.] Paulo pinguius hoc dictum: quod alias edictum prætoris legis nomine nõ venit: neque Hadrianus, edictis legis vim dediſſe videtur: quippe cũ in toto corpore iuris à iure prætorio trahentia ortũ, ita tractẽtur vt ab ijs quæ ſunt ex legibus ciuilibus. omnino ſeparẽtur, Cæterũ cur ex cõſtituto actio detur, & an illud pactũ an ſit contractus nominatus ꝙ putat *Fortun. Garc in l. 6. h. t. nu. 43* agitur *infr. diſp. 23. t h. 7.* Eſt autẽ hæc cõfirmatio ſpecialis ad actionẽ, cũ alias in genere pacta cõfirmata ſint, *l. 7 §. h. t*

Hypothecam.] Id eſt pactum hypothecæ. Sed videamus an non ſubtiliter & proprie actio hypothecaria ex pacto non naſcatur, Etenim actio realis *l. 17. de pign.* ex conuentione ſimplici ſecundum rationem iuris noſtri (quod præſertim non patitur vt ex conuentione inter alios inita actio in rem contra tertium detur,) naſci non poteſt. Ita ſtatuendum videtur, pacto nudo conſtitui pignus ſiue rem pignori obligari, *l. 1. in prin. de pignor. act.* per hanc obligationem ex edicto prætoris conſtitui creditori ius in re, quod faciat, vt contra quemcunque poſſeſſorem Seruiana actio eaque itidem ex edicto prætoris concedatur. *§. Item Seruiana 7. vbi interpp Inſt. de act.* Argum. eſt, quod etiam ei qui ex contractu rem pignori accepit, (& ex eo tamen actio realis naſci non poteſt,) amiſſa poſſeſſione Seruiana datur: quæ quidem competit ei, cui vltima voluntate res pignori obligata eſt, iuxta *l. 26. de pig. act.* Nimirum quomodocunque res pignori obligata eſt, Seruiana locum habet: & contractus, pactum nudũ, vltima voluntas, conſtituendi pignoris modi ſunt, ſed actionem non producunt hypothecariam, quæ cum ita ſunt, commode explicandum eſt, quod dicitur *in l. 17. §. 2. h. t.* de pignore iure honorario naſci pacto actionem: quia hoc quoq; ex edicto prætoris eſt, vt pacto nudo efficax obligatio pignoris conſtituatur, ſecundum quam quæ ad perſequendam rem pignoratam comparata actio eſt, ex ipſo pacto naſci videatur. Reuera autem nihil aliud dicere voluit ICtus quam cũ iure ciuili, nõ niſi traditione pignus conſtituatur, iure prætorio etiam contrahi nuda conuentione, quod ipſũ proponitur. *in l. 1. in pr. de pig act.*

Ius iurandum huc referre non placet] Refert huc tamen *Giph. hic th. 193. & ſeqq.* non vſque adeo abſurde, ſi quidem conuentionem cui quaſi hoc iuramentum innititur, conſideres. Reuera tamen ex pacto ea actio non eſt quod contra quem iuratum eſt, pro confeſſo & iudicato habetur *l. 65. de re iudic.* cum præſertim hic non tam noua actio ſit, quam aliarum actionum qualitas, de quo agendum infra *diſput. 21.*

Nec refero huc pacta de vſuris, &c.] Quatuor ſcilicet caſibus contra regulam, qua non niſi ex ſtipulatione in ſtricti iuris iudicijs vſuræ deberi dicuntur, ex pacto de vſuris actio naſcitur, ſi argentarijs promiſſæ ſint. *N. 136. c. 4.* ſi ex cauſa fœnoris nautici *l. 5. & 7. de nau. fœnor* ſi ciuitatibus *l etiam 30. de vſur.* ſi denique ex cauſa frumenti vel vini mutuo dati iuxta *l. frumenti 12. Cod de vſur.* Equidem dici poſſe videatur, accipiendum eſſe hoc de pactis in continenti mutuo adiectis *argum. l de nau. fœnor.* ibi *ad augendam obligationem & arg. l. 7 eod tit.* vbi proponuntur decem mutuo data. *vti ſalva nave &c.* Et quod pactum hoc nudum vocatur *in d. l. 30. vſur. & in d l 12. C. eod.* accipi poteſt dictum vel ratione primævæ & originariæ naturæ ſuæ, vel comparatiue quatenus ſtipulationi quæ natura ſua veſtita conuentio eſt opponitur *argum d. l. 5. §. 1. de naut fœnor* Attamen vereor, vt hæc explicatio ſatis ſit ad mentem dd LL, præſertim *diſt. N. 136. c. 4.* cum præſertim ex ratione iuris regulariter pacto mutuo etiam in continenti ſuper vſuris adiecta, non inſint, adeoque cum hic pacta ſtatim adiecta propter naturam illius contractus actionem non patiant, ſed pro nudis ex ratione iuris habeantur, neque cohærentia contractus veſtiantur, quod ex cohærentia contractus non habent,

Digitized by Google

vt ſcilicet pariant actionem ex lege habere videntur: Et adeo principium petit quod Conan. ait *comment. 3. nu. 2. & 3.* ideo hæc pacta actionem parere, quod mutuo ineſſe intelligantur. Difficulter etiam fingere poſsis, ſiue his caſibus ſpeciali fauore ſtrictam alias mutui naturam eſſe quaſi dilatatam, & perinde rem haberi, ac ſi vſuræ, de quibus conuentum eſt, ipſe in ſumma mutuo data comprehenſæ fuiſſent: ſiue qualitatem & præſtationem vnam bonæ fidei contractuum mutuo eſſe attributam. Sed omnino rectius hic & expeditius aliquam confirmationem legis agnoſcimus cum *Bartol. & Paul. de Caſtro in d. frumenti 12. C. de vſur. & eodem Barto. in l. 6. h. tit. Fortun. Garc. ibidem num. 32.* Neque obſtabunt. *dict. l. 5. & 7 de nau. fœnor.* vel quia quod vno caſu ſingulare eſt, non eſt trahendum ad alios, vel quia ex inde pacta non ſtatim adiecta, actionem nõ parere, nõ recte cõcluditur quod in ſimili notãt *Caſtrenſis & Bart. in d. l. 12. C. de vſur.* quod ſiue pactũ incontinenti, ſiue ex interuallo adiectum ſit, illic præſcriptis verbis, hic ex L. ſit agendum.

Quæ & ipſa quatenus cauſam habent contractus.] Omnino abutitur hic verbo, *cauſa*, quam ipſe th. 2. lit. E. explicauit de datione & facto: & videtur hoc loco *cauſam* pro quouis etiam externo veſtimento conuentionis accepiſſe. quod vt non omnino improbo, ita illud non admitto, quod omnem conuentionem ad actionem efficacem cõtractus nomine cenſet: quæ vſurpatio verbi à notiſsimo iuris vſu abhorret, & ab Vlpiano *in l. 5. 6. 7. h. t.* ſub alteram ſpeciem iuriſgent. quam legitimis opponit diſerte referuntur contractus. Equidem generali appellatione contractus conuentiones vel pacta legitima appellari poſſunt: verũ ea pacta legitima indigitari ſolent, quæ ſpecialiter ad actionem confirmata ſunt: eiuſmodi confirmatio in contractibus non eſt, ſed illi propter naturam & conditionem ſuam concurrente neceſsitate & vtilitate, non ex ſpeciali confirmatione, actionem producere intelligũtur. Facit quod ſecundum ſententiam Tr. mutatio facilis & quaſi momentanea ſpecie in ſpeciem, pacti in contractum induceretur. Et denique diſtinctio rei cuiuſque ſumenda eſt à natura intrinſeca, confirmatio autem legis eſt merum & purum accidens: & igitur ſi quidem pactum nudum re vera diſtincta a contractu ſpecies eſt, vtique ſola autoritas legis in aliam ſpeciem illud non transformabit. His conſequenter verum non eſt à priori tantum contractus & pacta legitima differre, quod in his vt actionem pariant, ſerius ſit receptum.

Vt actionem pariant.] particularis hæc pactorum legitimorum eſt deſcriptio: quoniam etiam hoc nomine pacta legitima dicũtur, quod obligationem ipſo iure tollant *l. 5. & 6. & 27. §. pacta. 4. h. t.* vbi *Cuiacius & idem in l. 6 D. eod.*

THESIS III.

LIT. B.

Quod in ſupellectile libraria.] Ratio dari poteſt, quod cum hypotheca tacita videatur generalis *argu l. pen. in quib. cauſ. pig. tac.* in hanc non veniunt, quæ vero ſimiliter nemo eſſet obligaturus *l. 6. d. pignor.* de quo agitur *infr. p. 2. diſp. 1. th. 4.*

Nos etiam negamus in rebus mineris.] Vera hæc ſententia eſt, ſed iniuriam facit Dd. qui eandem ſententiã defendunt, & de hoc, an hypotheca ſit legalis, an conuentionalis diſputant: quod oſtendemus d. loc. quo etiã pertinet ſubiecta quæſtio, an res illatæ in prædia ruſtica pignori obligẽtur: in qua vulgatã Dd. ſententiã, quam hic Treut. ſequitur, improbamus: quod latiùs exequemur *ad d. th. 4. p. 2. diſp. 1.*

Si debitori meo chirographum. Non obſtat *l 24. d. probation.* ad quam ex *mente Cyni relati à Bart. & Caſtren. in l. 2. h. t.* breuiter reſpondendum, quod cancellatio chirographi non pariat exceptionem pacti de non petendo, ſed exceptionem ſolutionis: adeo quidem vt onus probandi imponatur creditori. Cæterum *Dd. in d. l. 2.* inter chirographum & pignus redditum hanc differẽtiæ rationem tradunt quod illius nulla alia poſsit eſſe vtilitas: ex quo efficitur exiſtimare eos, quod pignoris redditio, nec ipſius acceſſoriæ obligationis liberationẽ inducat, quæ ſententia falſa eſt. Non obſtante *l 9 C. de remiſſ. pign.* quia intereſt, an quis vltro, an ad aliquẽ vſum eã petenti rem pignoratam reſtituerit. De quo *infra p. 2. diſp. 1 th. 9.* Et vero *l. 3. h. t.* de obligatione principali loquitur, quæ reddito pignore non tollitur, vt recte olim *Dynus*, quem refert & ſequitur *Bald. dict. l. 2. § 1.* in chirographo autem ipſa quodammodo obligatio videtur contineri, quod olim ſenſit Martinus, quem licet in vtramque partem diſputans, defendit *Fort Garc. in ſæpe dict. l. 2. § 1. h. t.*

Si reddidero id.] Affirmat hic Treut. eum cui chirographum, in quo alius ſimul obligatus erat; redditum fuit, videri in dubio procuratorem conſtitutum ad exigendum: poſt *Menoch. loco citato, Iaſon. in l. Labeo. h t. column. 1.* ſi modo perſona habilis ſit: cæteroquin videri ſimul ceſſam & donatam actionem, & ita cum conſtitutum procuratoris

Digitized by Google

ratorem in rem ſuam: contra ſententiam Guiliel. qui indiſtincte actionem donatam ſtatuit, quem ſequuntur *Bart. in l. 2. h. t. num 5. Fort. Garc. ibid. §. 1. num. 4.* ſed recte improbat *Bald in l. 3. h. t.* adiecta hac ratione quod ceſſio actionis non poſſit fieri ſine titulo *arg. l. pen. & vltim. C. Mand.* Et videamus an non vtraque opinio falſa ſit: quoniam redditio chirographi nihil operatur niſi tacitum pactum de non petendo *l. 2. §. 1. h. t.* cuius pacti fines longe excedit conſtitutio hæc procuratoris: & cum tacita pacta conſenſu præſumpto, quem aſſiſtentia legis fouet, nitantur, & lex hic deficit, nec quicquam occurrit, ſiue ex parte reddentis, ſiue accipientis, ex quo conſtitutio hæc procuratoria colligatur. Et vulgo recte dicitur pacta ſtricti iuris eſſe, neque adeo aut hinc donatio, hinc ſuſceptio negotij induci & præſumi debet, cum ſatis ſit, ſi redditio chirographi effectum liberationis in perſona accipientis operetur. Et omnino dicimus hunc modum redditionis Chirographi non eſſe habilem ad producendum effectum vlteriorem ipſi à lege non aſſignatum, neque maior taciti quam expreſſi vis eſſe debet. Neque citra abſurditatem tacito pacto ineſſe dicamus contractum mandati, quem alias propter mutuas præſertim inde naſcentes actiones, non niſi expreſſe conſtitui conſtat. Et deſtruit fere ſententiam Dd. limitatio à Treut. quoque tradita: niſi accipiens pauper ſit: quoniam hæc plane accidentalis eſt qualitas, & ſiquidem ipſa redditio chirographi induerit conſtitutionem procuratoris, non obſtabit paupertas accipientis, cum etiam pauperi recte negotia committi poſſint. Eſt & tertia opinio, quod redditione chirographi talis etiam cæteri liberati videantur. Verum obſtat & hic ratio iuris quod alterius conuentione, extra caſus ſpeciatim exceptos, alteri non quæratur exceptio: & quod exceptio pacti, non poſſit niſi iis, quorum obligationem diſſolutam eſſe, paciſcentis intereſt, *l. 21. vltim. d. pact.* ideoque in caſu ſingulari tantum admitti poteſt hæc ſententia, quo duo eodem chirographo obligati correi debendi & ſocii fuerint, quod innuit *Caſtren. ad d. l. 2. h. t. nu. 4.* quoniam pactum vnius correi ſocii alteri prodeſſe receptum eſt, de quo agitur infra *p. 2. diſp. 27. th. pen.* Neque iuuat iſtam opinionem, quod imputari poſſit creditori, qui legem non dixerit expreſſius *argum. l. 39. h. t.* quoniam creditor nihil egit cum tertio, cui ideo ex redditione illa nulla exceptio vel liberatio acquiri poteſt. Et ergo ſimpliciter ſtatuemus, ex redditione chirographi nihil niſi exceptionem, & quidem ſoli accipienti, oriri & acquiri.

Sin autem plura, &c. Et hic quoque contra *Tr. & Fortu. Garc. in l. 2. §. 1. h. t. num. 7.* defenderem, ſi ex pluribus eiuſdem debiti chirographis vnum redditum ſit, debitori in dubio exceptionem pacti taciti acquiſitam intelligi: quia hic militat regula *l. 3. 6. h. t.* quod creditor, contra quem ex traditione præſumptio eſt, ſententiam ſuam non expreſſerit: & indefinite ICtus pronuntiat *in l. 2. §. 1. h. t.* quod ex reddito chirographo tacitum pactum inducatur. Deinde cum omnis actus ita explicari debeat, vt valeat, & aliquid operetur nullus alius redditionis illius effectus, nec ad quicquam aliud chirographum vtile eſſe poteſt debitori: qua ratione vſus fuit olim *Guiliel. quem referunt & ſequuntur Bald. Bart. & Caſtren. in dict. l. 2. §. 1. h. t.* Et rationem Treut. retorquere licet, quod cum in ſingulis chirographis inſit totum ineſt etiam in eo quod redditum eſt, & vt redditio effectum ſortiatur, cætera pro inefficacibus habebuntur: qua ratione ita vtitur Menoch. male a Treut. allegat. Neque obſtat quod in *l. qui Chirographum 59. d. leg. 3.* probatio debiti chirographo dicitur contineri, & ea autem aliis chirographis retentis ſalua eſſe videtur, Reſp. creditorem præſumi aliquid agere voluiſſe, neque ideo quædam penes ſe retinuiſſe, vt ſalua eſſet debiti exactio, ſed quod redditio vno chirographo, ſatis hoc ipſo reliqua quaſi euacuata intelligebat. Et ſi ponas in ſpecie *dict. l. 59.* plura chirographa penes creditorem fuiſſe, (quamuis ibi non debitori ſed tertio chirographum legatum videatur) non dubitabo pro debitore reſpondere, quod teſtator aliquid agere voluerit: neque enim ſufficiens differentiæ ratio eſt, quod morituri ſoleant eſſe liberaliores: quia præſumptio liberalitatis ex ipſo facto deſumitur. Non obſtat etiam *l. 4. de his quæ in teſtamento*: vel quia difficilius concludimus mutationem voluntatis ſupremæ ſolenniter conditæ: vel quia tum demum ſimilis erit caſus, ſi creditor chirographum vnum deleuiſſe proponatur: ſed fortior præſumptio naſcitur ex traditione & acceptione debitoris & ita re geſta inter duos. Et ſi nuda ratio probandi debiti per chirographum retentum conſideretur, etiam in ea ſpecie, vbi originale penes notarium extat, non continget liberatio, quod eſt contra omnes ſcribentes *in dict. l. 2. h. t.* imo plane conſtitutio illa iuris *in l. 2. h. t.* eludetur.

tur, cum etiam redditio chirographo debitum per teſtes probari poſſit.

THESIS IV.

Lit. A.

Reſpectu materiæ pacta alia in rem.] Verum hoc non eſt: quia non ideo in rem vel in perſonam dicuntur, quod fiant de rebus aut perſonis, ſed potius ratione effectus, quod alia perſonæ paciſcenti tantum proſint, alia vltra perſonam etiam ad alios porrigantur: idque quæ ipſe Tr. ſubiicit, euincunt.

Lit. B.

In dubio tamen in rem pactum eſſe] Videlicet vbi perſona adiecta eſt: quia plerumque id tantum demonſtrandi cauſa fieri ait ICtus *in l. 8. §. 8. h. t.* pro qua voce, *plerumque*, non recte Treut. ſubſtituit, verbum, *interdum*, qua ſtante, vix defendi poterit, in dubio pactum in rem eſſe quoniam ſi non demonſtrandi, ſed limitandi cauſa perſona adiecta ſit, procul dubio pactum perſonale erit; id autem in dubio non præſumemus, quod quiſq. hæredibus proſpicere velle intelligatur: Non obſtat *l. 57. h. t.* In qua hoc præcipue agit ICtus, vt effectum pacti illius in ſpecie iuncti proponat: quod tamen reuera non mixtam ſed in perſonam eſſe effectus in ipſa *l. 57. h. t.* (diſtinctio enim hæc pactorum à debitore deſumpta eſt) oſtendit.

Confer. l. 8. §. vltim. d. peric.] Hic quidem locus nihil ad propoſitum facit, in quo tractatur quid iuris ſit duplici caſu, cum vſusfructus iam conſtitutus à fructuario venditur: & cum à proprietario pleno per venditionem conſtituitur & a proprietate ſeparatur: illo caſu in finiendo vſufructu perſona venditoris, hoc emptoris, ſpectatur, à quo deciſio ICti ib. dependet. Cæterum diuerſus caſus tractatur *in l. 4. de nou.* vbi quodammodo, remedio exceptionis nouatur obligatio, & propter voluntatem meam qua vſus fructus mihi debitus alteri præſtitus eſt, ille, cui vſus fructus præſtitus eſt, pro vſu fructuario habetur, ita vt vbi definiendo vſufructu quæritur, ipſius non mea perſona conſideretur. Fruſtra autem contra *d. l. 4.* opponitur *l. 66 de iur do.* quod vſu fructus cedi non poſſit: quia ea loquitur de vſufructu iam ſeparato & conſtituto à fructuario & quidem ſine domini conſenſu cedendo: at in *l. 4.* vſus fructus nondum conſtitutus ſed mihi debitus, voluntate mea ab ipſo proprietario in aliũ transfertur. Hinc autem patet errare Tr. dum ait in ſpecie *d. l. 4. de nouat.* mortem contigiſſe non vero fructuario, ſed cuius is fuerat a proprietario delegatus quo mortuo nihilominus penes verũ fructuarium maneat vſusfructus. Imo contrario plane aut diuerſo modo res ſe habet: vt in ea ſpecie non proprietarius, ſed cui debebatur vſus fructus, proprietariũ qui vſum fructum debebat, delegauerit, & eo cui ex delegatione præſtitus erat vſus fructus, mortuo, ille ad delegatum recurrat, nõ ad creditorẽ vſus fructus, delegantem, reuertatur: quoniã, vt paulo ante dictũ, cui vſus fruct⁹ præſtitus eſt, vicẽ veri fructuarij ſuſtinet. Species hæc eſt. Sempronius vſumfructum debebat Titio, hic Sempronium delegauit Mæuio: mortuo Mæuio Sempronius contra Titium petentem vſumfructum exceptione defenditur. Ratio dub. quia cum vſusfructus debitus eſſet Titio, ex eius perſona finiri debebat. Ratio decidendi; quia voluntate Titii vſusfructus in Mæuium tranſlatus eſt, & cum adeo Titio præmortuo vſusfructus penes Mæuium duraſſet, nec ab Sempronio reuerſus fuiſſet, merito etiam præmortuo Mæuio hoc commodum Sempronius ſentire debet, vt protinus ad ipſum redeat vſusfructus, nec denuo in Titij perſonam transferatur. Et ergo contra Tr. verum eſt, fructum non delegatum à proprietario, verum item, quod mors contigerit ei, qui veri vſufructuarij vices obtinet: verum denique morte eius finitum vſum fructum, neque quidquam apud eum cui initio debitus erat manere aut ad eum reuerti. Illud enim omnino tenendum, ibi eum qui vſumfructum initio debebat, non fuiſſe nudum vſufructuariũ: quod alias de morte aut delegantis aut delegatio facta eſt, fruſtra quæreretur: ſicuti conſtat, vbi fructuarius nudus alteri ius ſuum vendidit, ex ipſius venditoris non emptoris perſona vſumfructum finiri. Sed hæc parerga ſunt.

Lit. D.

Quorum principaliter intereſt.] aliter loquuntur ICti, iis, videlicet prodeſſe pactum, quibus vt poſſit, paciſcentis intereſt: quæ ſane inter ſe diuerſæ ſunt: & iuxta priorem propoſitionem, etiã fideiuſſoris pactum reo prodeſſe poſſit.

Si maxime hoc duntaxat vt ne à reo &c.] Male hic allegatur *l. 21 h. t.* cum ipſe Tr. ex iure nouo hoc defendat. Et tamen paulo inſubtilius dicitur exceptionem prodeſſe fideiuſſori, ſiquidem non vi exceptionis ſe tuetur fideiuſſor, ſed conſtitutione Iuſtiniani, qua conceſſum ordinis beneficium facto rei adimi non poteſt. Ex iure veteri ſcrupulum mouet Accurſ. quod cum illo quoque competat exceptio cedendarum actionum, fideiuſſor, cui actio cedi vtpote pacto eliſa non poteſt,

Digitized by Google

poteſt, ſoluere quoque non tenetur. Qua de cauſa Dd. quos Zaſ. ſequitur, *l. 22. h. t.* obtinere intelligunt, vbi tali pacto fideiuſſor conſenſit: quod tamen non eſt ad mentem ICti qui ex forma & perſonalitate pacti rationem decidendi deſumit. Fortaſſis non tam ſpectatur hic ius fideiuſſoris, quam ſubtilis ratio iuris, iuxta quam pacta perſonalia aliis prodeſſe non poſſunt: quamuis etiam vtilius aliquando eſſe poſſit reo, à fideiuſſore, quem forte compenſatione vel alia exceptione remouere poſſit, quam à creditore conveniri. Sed & licet nulla fideiuſſori cedatur actio ſatis tamen iure communi actionibus aliis ei eſt conſultum. Sed forte quis tentauerit, recte nihilominus à creditore qui ita pactus eſt, fideiuſſori actionem cedi poſſe: actione videlicet quæ inutilis erat in perſona creditoris, efficace futura in perſona fideiuſſoris, vt nimirum, ſicuti pactum omnino perſonale fuit, itidem ex eo etiam quæſita exceptio plane perſonalem habeat effectum.

Specialiratione excipiuntur.] Subinepta hæc exceptio eſt: quia cum regula proponatur de pacto fideiuſſoris, in textibus adductus non de pacto, ſed eiuſmodi tollendæ obligationis modis tractatur, quibus tota obligatio perimitur, adeoque fieri nequit, quin etiam reus principalis liberetur.

Si hoc ſpeciatim actum ſit. Pactum fideiuſſoris non poteſt reo *l. 23. h. t.* niſi expreſſe actum ſit ne à reo petatur *l. 25. §. vltim. & l. ſeq. h. t.* non quidem ad pacti ſed doli exceptionem *d. l. 25.* ſuadente ſcilicet hoc ratione & conuentionis æquitate contra quam qui venit, extra dolum eſſe non videtur: adiuuante etiam ea quam Cuiacius notat, vicinitate & quaſi vnitate obligationis. Nugas ita hic agit *Ant. Fab.* qui & dictum §. *vltim.* & ſimul *l. 26.* clamitat eſſe à Triboniano: cuius rationes nullius ſunt momenti. Ait 1. dici *in l. 23.* pactum non prodeſſe reo Ergo neque ad doli exceptionem Reſp. nullam eſſe conſequentiam, & quæ aliquam multis huius ipſius tit. locis refutari poſſit. Ait 2. verba & ſtructuram eſſe inconcinna. Reſp. hoc falſum eſſe. Malus ſtili cenſor eſt Faber & ſenſus hic congruus eſt, conuentum eſſe, vt nec à fideiuſſore paciſcente petatur, nec quoque à reo.

THESIS V.

LIT. A.

Non recte infantes opponit impuberibus, quorum illi ſpecies ſunt. In genere autem ſimpliciter dicemus, eos recte poſſe paciſci qui iure gentiū ſuper dando vel faciendo conſentire, & ſe obligare poſſunt. Ergo excluduntur qui fari non poſſunt, furioſi, quin nec pupillos maiores infante, eodem modo quo alios, obligari, nec iuri gentiū ſatis crediderim conuenire, & tamen nec iure ciuili pactiones pupillorum omnino inutiles ſunt.

Quid de pactionibus quas ebrii.) Dictione hic ſcil. opus inter ebrietatem, quæ habent gradus, pro quorum diuerſitate, diuerſum ius ſtatuendū. *Gæil. l. cont ſtip. cap. 7. concluſ. 11. num. 166.* Cæterum Treut. vix obiter hoc attingit, & ſtatim extra ſcopum ad delicta delabitur: Negat ob ebrietatem pœnam ſimpliciter mitigandam aut remittendam Atquia hoc omnes negant. ſed varie diſtinguūt. breuiter hoc delibemus: omnis actio ex voluntate & propoſito exiſtimatur: voluntariam actionem, (quod docent Interpp. *Ariſt. ad 3. Eth c. 1.*) duo faciunt, Appetitus & ſcientia: ex quo duæ ſpecies actionum non voluntariarum: per vim & per ignorantiam. Equidem Ebrii proprie & vere loquendo nec per vim agunt, nec per ignorantiam: ſed, vt docet *Ariſt d. c. 1. 3. Eth.* ignorantes, quomodo etiam irati aut alias vitioſi. Attamen 1. hæc comparatio abſolute bona non eſt: quod facilius licet moderari affectibus, & actiones vitioſæ per ſe prauæ ſunt: bibere per ſe licitum eſt, & moribus certe noſtris etiam bibere pluſculum, & ſe inuitare largius. 2. ipſe Ariſt. diſtinguit inter actiones pure voluntarias & mixtas: & eſt in ebriis aliqua parte, & (vt ita loquar) & voluntas & ignorantia: quod vtrumque debet eſſe mitigandæ pœnæ. Et plane cum ebrium qua talem conſideramus, in eodem dolo reſpectu delicti commiſſi quo ſobrius, dici non poteſt.

Huc pertinet elegans diſtinctio.) Eam vix duobus verbis attingit citato loco Alb. Gen. quæ etiam in iure noſtro *l. 42. de V. S. l. 38. §. 2. de adulter.* & alibi traditur: neque bene huc accommodatur, cum iure diuino & gentium ebrietas improbetur: & alia quæſtio eſt de delicto, alia de qualitate & quantitate pœnæ, quam procul dubio ex cauſa lex ciuilis aggrauare poteſt. Ead. de cauſa non bene illud huc refertur de delictis capitalibus faciendis: ſiquidem ipſam ebrietatem, aut quæuis delicta per eam admiſſa capitaliter puniri, & durum foret & abſurdum, ſed illud ius ciuile ſtatuere poteſt, vt ab ebriis commiſſa non excuſentur, ſed perinde in eos delinquentes, ac ſobrios & forte etiam grauius animaduertatur.

Digitized by Google

Ita Pittacus temulentos duplici pœna. Non ideo hoc ſtatuit, quod ebrium delinquere grauius aut pœnam iſtam duplicem delicto proportionatam exiſtimaret: ſed vt metu pœnæ ciues à vino & ebrietate, quæ cauſam delinquendi præbebat, abſterreret: quod ipſe locus *Ariſt. 2. polit. 10. in fin.* oſtendit διά γὰρ τὸ πλείους ὑβρίζειν μεθύοντας ἢ νήφοντας, οὐ πρός τὴν συγγνώμην ἀπέβλεψεν ὅτι δεῖ μεθύουσιν ἔχειν μᾶλλον, ἀλλὰ πρός τὸ συμφέρον.

Septemtrionalibus populis.] Vitium hoc iſtis quaſi proprium imputare videtur, cuius rei cauſam cum *Bodino in meth. hiſtor. cap. 5.* naturæ regionis aeriſque acceptum ferre liceat: Attamen omnes fere gentes hanc inſaniuiſſe inſaniam, in procliui eſt oſtendere. Et iudæos ſanctam gentem in conviviis vſque ad ebrietatem potaſſe, Evangelica hiſtoria teſtatur. De Medis *Xenoph. lib. 1. inſt. Cyri.* apud quem Cyrus ad Aſtiag. regem Medorum, pincernam convivis venenum infudiſſe ait, quod illos nec animo nec corpore conſtare videret, nec infrequens hoc fuiſſe colligas ex reſponſo Aſtiagis, qui admirabundus, ergo, inquit, fili, pater tuus non inebriatur. Perſas idem Xenophon libr. 8. inſtitut. Cyri. eo vſque potare ait donec efferantur, cum ipſi ire nequeant: & eoſdem ebrios de rebus maximis conſultaſſe ſcribit *Herodot. libro* 1. & idem *libro* 4. Parthis teſtimonium bibacitatis præbet & *Plinius. libr. 15. natural. hiſtor. cap.* 22. gloriam, inquit, hac vitæ Parthi quærunt. De Indis *Curtius lib.* 8. a fœminis, inquit, vina miniſtrantur, quibus omnibus Indis largus eſt vſus. De Colchis & liberis extremæ Aſiæ populis *Busbequius epiſt. 3. de reb. Turcic.* vbi meminit certaminis in quo magnis poculis de bibendi gloria fuerit certatum: & paulo poſt, non parce, inquit, vina miniſtrantur, quæ vt quiſque largiſſime hauſerit, ita gratior hoſpes habetur. Apud Caunios laudatiſſimum fuiſſe teſtatur *Herodot. lib. 1.* vt iuuenes & feminæ potandi gratia convenirent. De Illyriis, quod largiter hauſerint vinum, teſtis eſt *Athenæus lib. 10.* vbi multas etiam alias Aſiæ & Europæ gentes multibibas & merobibas commemorat: ſicut & apud *Platon. 1. de legib.* Laco atteſtatur quod Perſæ, Scythæ, Thraces, Celtæ, Carthaginenſes & Hiſpani potationibus indulſerint. Et de Africanis, quam huic vitio dediti fuerint, videre licet ex *Auguſtin. epiſt. 48. in f. & ſermon. 231. de tempor.* vitium ebrietatis ita per vniverſum mundum in conſuetudinem miſſum eſſe affirmat, vt non putetur eſſe peccatum, vt in conviviis irrideantur, qui minus bibere poſſint, & homines adiurentur, vt amplius bibant, quam oportet: & paulo poſt vſque ad vomitum ingurgitare ſe non erubeſcunt, & ad menſuras ſine menſura bibere: maiora pocula prouidentur, certe bibendi lege contenditur: & ſermon. ſequentib. voces refert quorundam erubeſcite quod non poteſtis bibere quantum nos: vbi & potandi hanc antiquam conſuetudinem appellat: ſicut & illo tempore pro ſalute aliorum bibi ſolitum, luculentus teſtis eſt *Ambroſ. in libro de Helia & Ieiun. capitu. 17. bibamus*, inquiunt, pro ſalute Imperatorum, pro ſalute exercituum, pro Comitum virtute, pro filiorum ſanitate. Græcos paſſim inebriari ſolitos teſtis eſt *Plato 1. de Leg.* qui etiam *libro 2. de republica* refert ſententiam Muſæi Deos iuſtis hoc præmium poſt mortem tribuere vt cum ſanctis coronati accumbant, perpetua læti ebrietate. Neque in conviviis virorum doctorum & Sapientum poculis fuiſſe parcitum, ex convivio Zenophon. colligere licet & ex Sympoſio Platon. vbi conuiuæ ex compacto hanc legem ſtatuunt, vt quoniam capita heſterno mero grauia haberent, non ad ebrietatem, ſed ad hilaritatem bibatur & honeſtam voluptatem neque cuique bibendi neceſſitas imponatur. De Romanorum potationibus pleni ſunt Authorum libri, & frequentes ea de re apud Senecam querelæ præſertim *Epiſtola 60. 84. & 123.* & de tempore Auguſti *Macrob. 3. ſatur. c. 17.* vbi pleroſque ex plebe Romana vino madidos in comitium veniſſe ait, & ebrios de Reipub. ſalute conſultaſſe: Quoque & ſuperiori ſeculo Lucilii factitatum *idem cap. 6. tradit.* Et bibendi illa ratio leges ſuas habuit, quas inſanas appellat *Horat. lib. 2. ſerm.* Siccat inæquales calices conuiua ſolutus Legibus inſanis, quas leges recenſet *Plin. lib. 2. nat. hiſt. c. 22.* Torquati, inquit, rara gloria, quando & hæc ars ſuis legibus conſtat) non labaſſe ſermone, nec leuatum vomitione, plurimum hauſiſſe vno potu, optima fide non reſpiraſſe in hauriendo (quo reſpexit *Ambroſ. in dicto c. 17.* reſpiraſſe flagitium habetur nihil ad eliſendum, in pauimento ſonum ex vino reliquiſſe, diligenti ſcito aduerſus bibendi fallacias. Quod poſtremũ ideo cautum fuiſſe probabile eſt, vt ne ſub eo prætextu pocula non plene educerentur, quod alias ſolenne erat priſcis, aliquid reſidui pauimento illidere, iuxta illud Horatii.

Abſu-

Abſumet heres cæcuba dignior.
Seruata centum clauibus & mero
Tinget pauimentum ſuperbo.

Idque dicebatur cottabum facere, de quo plura doctiſſimus Caſaubon. ad Athen. lib. 15.

LIT. B.

Hic agitur de obligatione pupilli. Vbi 1. in eo offendere videtur, quod cum pupillum locupletiorem factum ex edicto Pii ciuiliter obligari concedat, & quæſtio procul dubio ſecundum illud ius quod tempore iſtius Imp. & poſt obtinuit, tractanda ſit: ipſe tamen Treut. ſtatim hoc caſu pupillum tantum obligari naturaliter affirmat: niſi Tr. ad rationem naturæ & originis iſtius obligationis reſpexit, quæ etiam naturalis dicitur *in l. 1. in prin. d. ant. tut.* vt proinde actio illa ex edicto Pii magis datiua quam natiua eſſe videatur. De re ipſa quod multi multa dixerunt, paucis ita ſtatuimus. Dd. diſtinctionem eſſe mancam: quoniam infans plane ab hac quæſtione remouendus eſt: itidem diſtinctionem Cujacii quem ſequuntur *Vult. 1. diſp. ſchol. 16. Gœdd. contr. ſtip. concl. 12. c. 7. num. 239.* Etenim pupillum locupletiorem factum & ex dolo ſuo obligari verum eſt *l. 1. §. an in pup. depoſ. l. 2. de fideiuſſ. arg. l. 111. de R. I.* Sed etiam extra hos caſus naturaliter obligari etiam verum eſt, per *l. 1. d. nouat.* (Etenim ratione effectus obligatio nulla dicitur *in §. 3. I. quib. mod. toll. oblig.*) *l. 21. ad L. Falc. l. 25. §. 1. quando dies leg. ced.* vbi & violenta Cuj. emendatio, licet eam probet Vult. & dura Gœdd. reſponſio, intelligit obligationem non quæ eſt, ſed quæ pupillo locupletiori facto naturalis eſſe potuiſſet. Nec melius idem reſpondet ad *l. 127. de V. O.* quod ibi ſtipulatio alteri obligationi acceſſerit: etenim ibi de obligatione ex ſtipulatu quæritur, & contra pupillum nullam eſſe petitionem, fideiuſſorem tamen obligari adfirmatur. Aliorum diſtinctiones indignæ ſunt refutatione veluti inter ius naturæ & gentium, obligari naturaliter & iure naturæ, quam tamen probat *A. Fab. ad l. 28. de pact. & 8. coniect. 5.* vbi in ea tanquam invento ſuo falſo gloriatur. Nimirum ſæpe de obligationibus, non quatenus in natura ſua ſe habent, ſed quatenus à iure ciuili, penes quod eius rei eſt poteſtas, ſunt conformatæ, diſputatur: ita vt obligatio quæ reuera ſubeſt, reſpectu effectuum iure ciuili ei ademptorum, & quia ius ciuile eam infirmauit, ſubeſſe negetur. Mulier intercedendo naturaliter obligatur, & tamen ſolutum repetit *l. 40. de cond. ind.* quia SCtum obligationem infirmat, *l. 9. C. ad SC Vell. l. 16. inf. D. eod.* Si ſeruus compromittat, ſi intercedat, nec de peculio in dominum actio datur: quia vt recte *Cui. 8. obſ. 11.* naturalem obligationem, quæ ſubeſſe videbatur, illis caſibus Sabiniani non agnouerunt. Iam vt hæc ad pupillum accommodemus, eius quidem conſenſus fragilis & infirmus eſt, attamen ſi præſertim propius pubertati ſit, ita comparatus, vt ex eo naturalis obligatio, quæ eius adæquatus effectus eſt, poſſit enaſci. Verum quod fauore pupilli obligatio iſta infirmata eſt ademtis effectibus, qui alias naturalem obligationem conſequuntur, ſit, vt pro non obligato pupillus habeatur: hoc reſpectu natura debere negatur *in l. 41. de condict. indeb. & in l. 59. d. oblig. & act.* quæ eo pertinet, vt ſi pupillus mutuam pecuniam male conſumſerit vel perdiderit, nec compenſandi nec ſolutum retinendi ius creditor habeat: quod alias ſi effectum bene collocatæ pecuniæ reſpexiſſet ICtus, falſo ita reſpondiſſet. Hoc autem cum ſolius pupilli fauore ita conſtitutum ſit, evenit vt ſi de tertio agetur, cui iura conſultum non volunt, hactenus quaſi pro obligato pupillus habeatur, vt v. c. acceſſoria obligatio, quæ ſine principali aliqua eſſe non poteſt, ſuſtineatur adeoque qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate v. c. promittente, fideiubet, conſtituit, novat efficaciter adſtringatur: quoniam etiam naturalis obligatio has acceſſiones admittit. Hæc pro ratione inſtituti noſtri ſatis cætera apud *Cuiac. Vult. Gœdd. Donell* & alios videantur.

LIT. C.

De minori in ſpecie dicto curatorem habente, controverſia eſt non minor. Dd. vulgo obligari ciuiliter negant *per l. 3. C. de reſtitut. in int.* ad quã duplex eſt reſponſio. Prima Vulteii, quam probat Treut. Cui obſt. 1. quod ex ea fere efficeretur minorem cum curatore contrahentem non reſtitui. 2. quia poſito vno tantum caſu frigida erit in illo textu & loquacitas & tautalogia, contra morem Impp. reſcribentium. quorſum enim illa ieiuna repetitio, de minore ſine curatore conſtituto; cum ſtatim de modo non ſeruandi contractum reſpondere potuiſſent & debuiſſent 3. dura eſt explicatio vocis, VERO pro IGITVR; neque vnius loci & eius tamen dubij, vſurpatio temere in exemplum trahi debet: Lego apud *Priſ. lib. 18.* coniunctiones, *vero, autem,* ſumi pro completiuis aliquando & confirmatiuis, ſed pro cauſalibus ſumi, non reperio. 4. obſtat vel maxime comparatio prodigi; quæ admiſſa explicatione

Vult. plane nihil concluderet: & vero præſuppoſito minorem tantum reſtitutione iuuari, cõparatio nulla & proportio eſſet, quod contractus iure validus non ſemper, ſed cauſa demum cognita, nec adeo facile reſcinditur. Et comparatio ſcil. in eo eſt, quod ipſa datione curatoris intelligitur minori non quidem, vt prodigo, interdicta, ſed tamen adempta adminiſtratio. Atquin, inquit, Vult. Impp. de vno caſu conſulti, inepte de duobus reſpondiſſent. Verum non eſt nouum vt Impp. ſuppleant defectum conſulentium, & diſtinguẽdo reſpondeant plenius, *vt in l. 8. C. de impub. ſubſt. l. 3. C. de hæred. inſt.* & aliis ſententiis. Altera reſponſio eſt Cuiacij, de obligatione ſimul & alienatione coniunctim *dict. l. 3.* accipiendam. Et ſane probabile eſt Impp. non de nudo venditionis contractu, ſed magis de eo per traditionem conſummato ſuiſſe conſultos eoque ſcil. commode referetur prodigi & minoris comparatio, qui pariter in alienandis rebus nihil poſſunt. Verum obſtat & hic, 1. quod cum verba, *rem vendidiſti, contractum feciſti*, ſecũdum eoſdem terminos omnino ſint accipienda, ex Cui. explicatione efficietur, quod minor curatorem non habens, res ſuas ipſo iure firmiter alienare poſſit, contra *tit. C. de præd. min. niſi dict. l. 3.* ad res mobiles reſtringendam quis putet, quomodo eam accipiũt Dd. relati *à Fachin. 3. contr.* 1. II. quod obligationis ciuilis effectus eſt in producenda actione, qua, ſi minor recte conuenitur, etiam recte exigi & porro recte etiam alienare poterit: neque vero contrahentes nudam obligationem ſed factum & dationem reſpiciũt: quæ, ſi a minore profecta ipſo iure nulla eſt, vix ipſo iure ciuili ſubſiſtit alienatio. Ex quo facile illa quam certiſſimum principiũ iuris Vult. appellat, ratio, quod obligatio ipſa cum re nihil habeat cõmercij, diluitur. Et vero eo ipſo quod curator minori datur, tacite quaſi omnes moniti videntur, vt curatoris conſenſu cum minore agant; & alias aſſiduis implorationibus in integrũ reſtitutionis, tribunal prætoris perſonaret. Sed contra Dd. pro Cuiacio hæc faciunt. 1. quod ex *§. 2. I. de curat.* minores inuiti accipiũt curatores: quæ diuerſitas à pupillis, eorum perſonam per ſe habilem ad agendum & contrahendũ eſſe, ſatis arguit: niſi dicas, datione curatoris habilitatem illam tolli: aut, in *d. l. §* 1. præciſam ſaltem excludi & omnimodam neceſſitatem: aliquam enim ſatis arguit *l. 1. 2. & 3. de minor.* vbi raro decretis Impp. minoribus dicitur permitti adminiſtratio. 2. quod vtique iure veteri cum ex L. Lætoria non niſi propter laſciuiam aut dementiam curatores darẽtur, teſte *Capitolino in Marc. Antõ.* conſequitur perſonam minorum ex ſe habilem fuiſſe: neque eo quod Imp. Marcus conſtituit vt omnes adulti curatores acciperent, vt ſcribit Capitolinus d. loc. ea inhabilis facta videri debet: & tamen retorqueri hæc ratio poſſit. quod de ſanctione omnium minorũ conditio, quod ius adminiſtrandi & ſe obligandi, ad inſtar eorum, qui antea aut laſciui aut dementes erant, fuiſſe redacta videatur. 3. facit pro Cuiac. *l. obligari 43. de O. & act.* qui locus difficulter poteſt de minore curatorem non habente explicari: vel quia ſimpliciter loquitur, vel quia in dubio & regulariter adulti habent curatores *l. 1. infr. de mi. a. r.* vel quia ibi ſimpliciter agitur de perſonis, quæ ratione poteſtatis ætatis vel libertatis obligantur: vel denique quia pupillus quam qualitate tutoris ſimpliciter opponitur minori, *facit. ult. tim. §. 2. de V. O.* Niſi *in dict. l. 43.* verba, *ſuæ poteſtatis*, ſpeciali ſenſu explices de eo, qui nec in poteſtate eſt adminiſtratoria: quod alias fruſtra adiecta eſſent, cum omnis pater fa. ſui ſit iuris: quomodo ipſe *Cuiac. in Paulo ad dict. l. 43.* illa verba explicat: & ita quoque in *l. 2. §. 1. de policitat.* verba, *ſui iuris*, accipienda videntur. Denique pro Cuiacio facit vel maxime *l. 101. de V. O.* in qua omnino male & contorte, verbum *ſua*, ad creditores refertur: male ea cum Dd. vulgo de minoribus non habentibus curatorem accipitur; vel ideo quod, iuxta *d. l. 1. § vlt. de minor.* regulare & ordinarium eſt, vt minoribus dentur curatores. Rectius eum locum explicat *Robert. 1. anim.* 11. Nimirum cum ſtipulatio plerumque actui & obligationi recte conſtitutæ accedat, quam pluximis caſibus fieri poteſt, vt minor citra vllum incommodum aut periculum ſuum ſtipulanti promittat: Cæterum vt minor res illas ipſas quæ ſub adminiſtratione ſunt curatoris, præcipue res immobiles, deducat in obligationem, & ſuper iis contrahat, nullo modo ei permiſſum videtur: ideoque hoc caſu ipſo iure obligationem quoque nullam eſſe cũ Dd. vulgo defendemus.

Non poterit minor ſine auth. curatoris.) Liquidiſſimi hoc iuris eſt, quin nulla ratio dubitandi, & nullus hic diſſentiẽs: adeo quidem vt non dubitem idem ſtatuere in rebus quæ ſeruando ſeruari non poſſunt. Verum autores allegati loquuntur de minore curatorem non habente: qui itaque quidẽ indiſtincte res mobiles, hodie non niſi ſe-

minoris momenti poterit alienare per *l. 21. C. de admin. tut.* Neque enim plus hic iuris habere poterit minor quam curator.

Ne quidem ob vtilitatē pupilli.) Dicere debebat, *minoris*. Res ita ſe habet, vt vtilitas minoris efficere non poſſit, vt alienatio, quippe definiente ſolennitate ipſo iure valeat: attamen id verum eſt, ſi vtilitas evidens inde acceſſerit minori, & contractum ſeruari eius interſit, pars altera contra eam venire non poſſit, & minori permiſſum hic illam ſolemnitatem invito altero ſupplere: quod bene obſeruauit *Simone. citata in ſpeſt. 17. num.* 130. vbi ait, hanc quæſtionem eſſe clauſoriã. Et ita conſtat iudicium ipſo iure nullum fauore minoris ſuſtineri *l. 14. C. de procurat.*

Lit. D.

Quibus bonis à magiſtratu interdictum eſt.) Ergo opus eſt decreto, vt quis prodigus habeatur, *fact. l. his, qui 12. infr. de tut. & cur. §. 2. l. quib. non eſt perm. fac. teſtam. Caſtr. & Dd. commun. in l. 6. de V. O.* Et hic equidem & rei ipſius veritate citra interdictionem prodigus eſſe poteſt: politice & iuridice, ad effectũ, vt nihil ipſe agere & contrahere, nec cũ eo contrahi ab alio queat, non poteſt: quia an quis prodig' ſit, æſtimatur ex circũſtantiis, (quod principia Ethica docent) ſuper quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet: (neque enim hoc facere poteſt Lex) nec quiſquam niſi prius conſtituto procuratore prodigus haberi poteſt, ſicut etiam nemo niſi interdicto præcedente curam ſuſcipiat, aut ſuſcipere, & in hominem ſui iuris poteſtatem ſibi vſurpare poſſit. Et abutuntur contrariæ ſententiæ auctores *l. 8. in prin. de curat. fur.* quæ commodiſſime explicatur ex §. 3. I. *de curat.* vbi ait Iuſtin. quod prodigi ex L. xii. Tab. (an ex verbis an ex mente L. alibi videbimus) ſint in cura agnatorum. Et vero hoc tantum eſt ex L. xii. Tab. quis autem prodigus ſit primum à magiſtratu declarandum & decernendum eſt, quo facta poteſtate L. cura ad agnatos transfertur: quod bene inſinuat Hor. 2. ſerm 3.

Huic interdicto omne adimat Ius.
Prætor. & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Idque ſuadet oppoſitio, *in d. l. 1. verſ. ſed hodie:* quod hodie ipſi magiſtratus dent curatores. Vnicum obſtat, quod *in d. l. 1. de curſ. fur.* cura dicitur finiri ipſo iure, ſi prodigus ſanos mores receperit. Reſponderi ſolet facilius quodque ad ſuam naturam redire. Sed replicatur, non minus in facto verſari, an quis prodigus eſſe deſierit, ſanoſque receperit mores, cum etiam ex ſententia Ethicorum facilius vitia contrahantur, quam contracta deponãtur. Dicam, ſicut in ſimili materia compenſationis non excluditur factum hominis: ita in *d. l. 1.* verbis, *Ipſo iure.* (quæ alias multiplicem habent ſignificationem) non excludi factum magiſtratus: ſed hoc velle ICtum, quod ſicut Lex iubet, vt prodigus ſit in cura, ita quoque eandem velle, vt moribus mutatis cura liberetur. Et ſi conſideres in idea vt vere non amplius prodigum, reuera quaſi in idea à cura liberatus videatur. Et forte illis verbis curam eam extraordinariam, minorum curæ opponere voluit ICtus: quod huic certus & conſtans terminus, illi recepta ſanitas morum finem imponat: accedente nimirum cognitione & declaratione magiſtratus: quod vtrique curatoris non ſit de moribus mutatis iudicare, aut prodigo mutatos eos adfirmanti fidem habere adeoq; ſuo arbitrio quaſi curam ſibi à magiſtratu commiſſam deſerere. Plane ſi notoria ſit & liquida mutatio mõrum, poterit fortaſſe curator eſſe excuſatus: ſicut etiam ex aduerſo admiſerim, ſi quis ita, vt omnibus prodigus habeatur, res ſuas diſperdat, eum qui cum tali etiam ante interdictionem contrahat, intelligi eſſe in mala fide. *arg. l. 8. pro empt.* eoque agentem exceptione repelli poſſe quod firmatur ex, *l. ares tutores 55. §. vltim. infr. de adminiſt. tut. V.* de hac quæſt. poſt alios latiſſime *Gœdd. d. contr. ſtip. concl.* 10. *c. 7. num.* 134. *& ſeqq. Iaſ. in addit. ad Port. I. de curat.*

Idem quod de impuberibus ſtatuo) Comparantur hi *in l. 9. §. 7. de reb. cred.* quod vterque ſolus conditionem ſuam meliorem facere poteſt. Sed ex ipſis a Treut. adductis textibus *in l. 6. de V. O. l. 40. de R. Iur.* diverſitas colligi videtur. 1. quod comparatur furioſo, vt videri poſſit nec quidem autore curatore promittere poſſe. Verum potius illa comparatio ſecundum quid accipienda eſt. 2. quod pro prodigo non poteſt intervenire fideiuſſor *dict. l. 6. de V. O.* quod ſecus in pupillo. *l. 127. eod.* & tamen hac ipſa in re pupillus & prodigus coniunguntur in *l. 25. de fideiuſſor.* de quo difficili loco agitur *inf. p. 2. diſputat. 29.* Illud breviter dicimus, eo tantum videri reſpexiſſe ICtum in *l. 6. de V. O.* quod prodigus & furioſus naturaliter cum non obligentur, nihil eſt ã ſit cui accedat fideiuſſio: quod pertinet ad rationem iuris: ſed in *l. 25. de fideiuſſ.* reſpici ipſum & nudum fideiubendi factum, ita appellatum intuitu promiſſionis, quæ de facto licet citra vllum

effectum iuris pro & præceſſit: quam conſiderationem ſi detrahas, qui fideiuſſor dicitur, tanquã reus principalis conveniri videtur, qui ſibi imputare debet, quod cum ſciret prodigum vel furioſum, aliquid pro iis promiſit. Coniungitur autem cum iſtis *in dict. l. 2. §. pupillus*, eo tantum reſpectu, quod contra eum etiam fideiuſſor regreſſum non habet: Vulgata explicatio, de furioſo & prodigo ex re ipſa obligato, ideo vitioſa eſt, quod his caſibus recte hi obligantur etiam civiliter *l. 46. de O. & A.* adeoque hic recte & vere intervenit fideiuſſor. v. etiam de obligatione prodigi *Gœdd. de concl. 10. c. 7 ſub pr.*

THESIS VI.

LIT. A.

Vxoris pactum marito factum.) Id eſt, vxor cum marito contrahere poteſt, niſi negotium cadat in ſpeciem donationis, & eſt alias minus commoda phraſis, vxoris pactum marito factum. Eſt & idem paulo alienius, quod eadem ratione, de pactis & conuentionibus, inter curatores & minores, &c. inter magiſtratum & ſubditos tractare potuiſſet.

Valere quæ vxor renuntiat.) Renuntiatio hæc portionis debitæ ex lege omnino incidere videtur in ſpeciem donationis, eamque adeo non valere contra Tr. defendemus.

LIT. B.

Extraneo factum ab vxore ſiue ſola.) Multa hic peccat Tr. 1. quod hic extra rem multa de interceſſionibus fœminarum tractat, 2. quod oppoſitio hæc, ſiue ſola ſiue cum marito, continet inſufficientem enumerationem: quia adiuncto etiam alio non marito, cum extraneo contrahere poteſt 3. in pr. exegeſis *nam alias vteretur*, *&c.* nulla cum eo, qđ in th. proponitur connexio eſt: ideoq; videtur hoc pertinere ad illud qđ in th. ſequitur, oportere in vtilitatẽ mulieris verſũ eſſe. ut ſic tamẽ 4. falſa efficietur ſententia: quia conſtat mulierẽ extraneo donare poſſe, eãq; ſolo & vnico interceſſionis caſu defendi. et conſequẽter neceſſum eſt 5. vt contra quam in th. proponitur, vterque ille caſus, *ſi in vtilitatem &c. vel ſi vxor cum marito &c.* accommodetur ad poſterius tantum membrum, quo vxor cum marito contraxit. Et ita 6. mala erit inter eos caſus oppoſitio. quoniam vbi mulier alium ſibi obligat, in vtilitatem eius aliquid verti intelligitur. Et tandem 7. male ſe habent verba in th. *tum demum*: quæ hanc efficiunt ſententiam, quaſi difficilius cum extraneo, quam cum marito vxor contraheret, quod contra ſe habet. Omnimoda ratio probandi, vel improbandi pactiones mulierum non inde, quod mulier ſola eſt vel non eſt, ſed ex natura ipſius conuentionis & obligationis, quod interceſſionem ſapiat vel non, deſumenda eſt.

Quod multò magis de iure Saxon.) Rationem cur vxor iure Saxon. nihil ſine conſenſu mariti alienare poſſit, hanc reddit: quod coniuges illo iure bona poſſideant pro indiuiſo. Quæ ratio ſi bona eſt ſequetur 1. itidem maritum ſine conſenſu vxoris, nihil poſſe alienare: quia duorum ſociorum invicem pro indiviſo res poſſidentium, idem ius eſt & poteſtas. 2. ſocium ſine conſenſu ſocii vniverſorum bonorum nihil alienare poſſe. Vtrumque hoc cum falſum ſit, ratio illa vera eſſe non poteſt: ſed illa potius quod omnia bona vxoria in dotem dari videantur, aut vtique maritus cum iure vſus fructus legitimus eorum ſit adminiſtrator. Et ſi quá cõmunio dicitur, ea vel communem vſum, vel eo reſpicit, vt verbi cauſa bona conſtante matrimonio acquiſita, vel æqualiter vel pro certis portionibus communicari intelligantur: & hoc ipſum tamen non eo modo, quo alias inter ſocios bona communia ſunt, ſed ad eum tantum effectum, vt præmortuo marito pars illa ad vxorem proprietario iure pertineat, Et ſecundum hæc proprie loquendo verum non erit, quod ait Treut. iure Saxon. bona coniugum inuicem pro indiuiſo poſſideri: quia vxor nec poſſeſſionem, nec proprietatem nec vſumfructum vlla parte in bonis mariti habet.

LIT. D.

Deportatus ex ſua perſona.) Parum bene hæc connectuntur cum præced. & obſcurius proponuntur: ſiquidem ex alleg. *leg. 17. de pœn.* hoc Tr. velle apparet, quod deportatus retinens quippe ea quæ iuris gentium ſunt, recte contrahere poſſit. Addendum tamen erat, quod ex ratione iuris adminiſtratorio tantum nomine non libere contrahere poſſit: quia poſt quæſita non quidem ſtatim occupat fiſcus. Sed tamen in iis deportato mortuo ſuccedit *l. 22. §. 5. mandati l. de interdict. & releg. l. 2. C. d. bon. proſcript.* hodie bona proximis cognatis deferuntur *N. 17. c. 12. N. 134 c vlt.* Illud plane extra rem, quod iterum hic movet controuerſiam *ex l. 5. extra ord. cognit.* an deportatus amittat libertatem: in qua male ſequitur Vulteium, vt notatum ſup. *diſp. 3. th. 5 lit. E.*

Seruus non item.) Et hoc obſcure dicitur: quod ſer-

ſeruus ex ſua perſona paciſci non poſſit: ſiquidem ſeruum naturaliter obligari conſtat *l. 14. de O. & A.* Sed ſcilicet Treut. hoc intelligit, quod cum iure ciuili ſeruus pro mortuo ſit, ex perſona domini contractus eius quaſi confirmentur, & ipſe nihil in ſuam perſonam acquirere poſſit. Sed illud longe obſcurius, quod in exegeſi quaſi limitationis cauſa tradit: hoc intelligendum, quoties pactum legitimum proponitur, vel nudum de non petendo: quæ ſi coniungantur cum eo, quod in th. de ſeruo ex ſua perſona non paciſcente dicuntur, nec pes nec caput apparet: nec minus qua ratione pactum legitimum cum nudo coniungat, diuinate difficile eſt: cum præſertim exceptio doli, vbi pactum legitimum factum eſt, quod ipſo iure actionem & obligationem tollit *l. 5 & 6. h. t.* nulla eſſe poſſit. Sed tanti non eſt Tr. vt in eius mente inquirenda prolixius ſit laborandum. Illud poſtremis verbis dicere velle videtur, etiamſi ſeruus in perſonam ſuam pactum conceperit, inde tamen exceptionem doli domino adquiri: ex quo apparet, eum verbis illis *ex perſona ſua*, plane ὁμωνύμως eſſe vſum. Ræuardus allegatus pertinet ad remotius de deportato, ad explicationem *l. 5. d. extraord. cognit.*

LIT. E.

Quia reipub. intereſt.] Aliam reddit rationem ICtus *in l. 38. L. 17. de V. O.* quin ideo introductæ ſint obligationes, vt quiſque adquirat quod ſua intereſt. Et ex illa ratione Treut. ſequeretur, eum, offendi rempub. ſi quis alterius ageret procuratorem: eum, in caſibus exceptis à regula veniri contra intereſſe reipub. cum tamen eas exceptiones ſuaſerit æquitas. Nec mala eſt ratio quam ex Dd. adfert *Zaſ. in l. 1. §. per procur: 20. d. adq. poſſ.* quod v. c. ſtipulari ſit actus ciuilis, qui non ſubſiſtat niſi in perſona noſtra ſtipulantium radicetur *argum. l. quæcunq. 11. d. O. & A.* cum ex ratione iuris obligatione afficiunt ipſas contrahentium perſonas: ſed poſſeſſionis traditio ſit actus naturalis, per quem adeo nobis miniſterio alterius poſſeſſio quæratur. *d. §. 20. & §. 5. l. per quas perſ. nob. acq.*

LIT. F.

Niſi pater filio vt hæredi paciſcatur.] Apparet ex ſubiectis. *ſcil. ſuper ea obligatione. &c.* Intelligi pactum nudum, de non petendo: & tamen præced. de vxore, de deportato, generalia ſunt: Deinde etiam ſi paciſcitur pater filio non vt hæredi, pactum filio prodeſſe ad doli exceptionem, probat *l. 21. § 2 inf. h. t.* neque enim ferendum eſt, quod *A. Fab. ibid & pag. 2. d. rer. pragm. dec. 33 conſ. 6.* pro Doli legit Soli, propter *l. 1. 7. §. 4. eod.* quæ vulgo ad exceptionem pacti reſtringitur. Sed quia quod vnicum vrget Fab. in effectu nihil intereſt, an pacti, an doli exceptio proſit, diſtinguam potius an paciſcatur pater ſuper obligatione à ſe contracti, ex qua non poterat filius niſi vt hæres conueniri, de quo *in l. 17. §. 4.* an ſuper obligatione à filio contracta; ex qua pater de peculio, filius actione directa poterat conueniri iuxta *l. ſi quis 44. d. pecul.* vt hic ſcil. propter vnitatem obligationis pactum patris ad doli exceptionem filio proſit: quem caſum *in d. l. 21. §. 2. h. t.* proponi ipſa ſeries tractationis arguit. Hæc duo ſunt, quæ hic in Treut. deſiderari poterant. Eſt & tertium, quod in hoc caſu, quando pater filio vt hæredi paciſcitur, nulla exceptio à regula contineri videtur; quia hæres repræſentat perſonam defuncti, & hic obligatio ſiue ius excipiendi ex ipſius defuncti perſona ſtatum capit, & inde in filium hæredem tranſmittitur; illud autem eſt alteri paciſci, ei exceptionem recte, non à nobis tranſmiſſam adquiri. Vtique ipſe Treut. ſtatim hoc in genere obtinere ſcribit, vt vni ex futuris hæredibus conſuli poſſit, & vel ideo malè in th. hoc tanquam in patre & filio ſpeciale proponit.

In iis ſc. quæ facti ſunt.] Intricata hæc, & ob textus in ſpeciem pugnantes inuoluta tractatio eſt an & quatenus vni ex hæredibus conſuli poſſit. Diſtinguendum eſt primo, an agatur de obligatione vni ex hæredibus acquirenda, an liberatione & exceptione. In priori membro ſubdiſtinguitur inter obligationes dandi & faciendi ex *l. continuus 137. §. vlt. de V. O.* Illa non poteſt vni hæredum in ſolidum acquiri: tum quia L. XII. Tab. ipſo iure obligationem pro partibus diuidit: quia, cum vnus ex hæredibus non niſi pro parte ſua defunctum repræſentet, vltra eam pro extraneo habetur, quæ etiam notauit. *Caſtren. & Zaſius. in l. tauus 33. h. t.* Aliud eſt in obligationib. faciendi, non quod, vt Zaſius putat, vni tantum factum illud vtile eſſe poſſit, ſed potius, quia nihil hic fit contra L. XII. Tab. quæ obligationes faciendi, vtpote indiuiduas, non diuidit, ſed illæ in ſingulos hæredes in ſolidum deſcendunt *l. 2. §. 2. l. 4. §. 1. l. 72. in pr. de V. O.* Quod ad alterum membrum attinet vni hæredum exceptio acquiri poteſt, *l. 33. h. t.* In quo nihil fit contra L. XII. Tab. obligatione nihilominus in hæredes ſingulos diuiſa, vt tamen ille qui pacto comprehenſus exceptione defendatur. Cui obiicitur. *L. eum qui 59. §. 1. d. V. O.* ad quam male reſpondent Accurſ.

Google

& vulgo Dd quod ibi agatur de obligando: quoniam *inf. d.* §.1. exceptionem pacti taciti cæteris cohæredib. profuturam negatur: quod animaduertit *Zaſ. in d. l.* 33. Sed aliud quod reſpondeat non habet, neq; expedit nodum diſtinctio quam poſt Cuiac. affert hic Tr. inter ea quæ facti & iuris ſunt: tum quia etiam *in d. l.* 56. exceptio pacti negatur: tum quia longe diuerſa ſignificatione pacta facti eſſe & obligationes faciendi dicuntur Ideoque *A. Gab. in d. l.* 33. ideo in ſpecie *l.* 56. non dari exceptionem pacti ait, non quoque defunctus hæredibus cæteris paciſci non potuerit, ſed quia illa voluntas contrahentium, ex qua pacta æſtimentur, non fuerit, neque appareat, quod defunctus tantum Titium oneratæ, cæteris proſpicere voluerit: idque eſſe videtur, quod in ſecunda reſpoſione diuinat Accurſius promittentem putaſſe, Titium ſolum ſibi futurum hæredem. Sed hic quoque obſtat verſ. vlt. *& quamvis conueniſſe videatur,* &c. niſi eum ita explices: quamuis videatur ex verbis colligi poſſe pactum, attamen ex voluntate contrahentium aliud ſtatuendum eſſe. Fortaſſis etiam dici poſsit, quoniam huiuſmodi pactionibus aliquo modo offendi videtur L. XII, Tab. ſtricte acceptum eſſe, vt conſuli poſsit vni hæredum, videlicet certo & nominatim deſignato, non autem incerto, & qui an omnino futurus eſſet, tempore pactionis, ignorabatur.

LIT. G.

Excipiendi tamen ab illa regula] Textus allegatæ *h. l. D.* (etenim *l.* 22. *C. eod. & l.* 40. *C. de tranſact.* nihil ad rem faciunt) oſtendunt, de pacto in ſpecie dicto agere Tr. Cæteroquin multi ſunt caſus quibus & ex ratione iuris & ex æquitate alteri per alterum quæritur actio *l.* 5. §. *pen. de reb. cred. l.* 8. *C. ad exhib. l.* 45. *ſol. matrim. l.* 3. *C. de donat. quæ ſub modo l.* 45. §. 2. *d. V. O l.* 13. *d. pign. act.* iuncta *l.* 7. §. 1. *de diſtract. pign.* de quibus *inf. p.* 2. *diſp.* 27. *th.* 2.

THESIS VII.

LIT. A.

Quæ in numero ſunt hoſtes] Doctores vulgo diſtinguunt inter pacta inita à ducibus belli, & priuatis. Sed recte Tr. etiam hæc obligatoria eſſe affirmat: quia ex quo iuſtum bellum iuſta captiuitas, iuſta etiam erit pactio, recteque mutuo dabitur & accipietur fides, quod Romani vel maxime conſtanter ſeruarunt. Attamen omnia omnino huiuſmodi pacta ex ratione iuris gentium vel ciuilis valida eſſe abſurdum videri poſſit. quod hoſtis à captiuo nihil non extorqueat, & captiuus ſpe & amore libertatis, nihil nõ promittat adeoque ſemper præſumpto metu conuentiones huiuſmodi initæ intelligantur, neque vero ex iure gentium puro quævis in hoſtem vis iuſta eſt; maxime ſi bellum inter Chriſtianos vtrimque geſtum proponas. Quod ad duces belli attinet, ſunt illi vel nihil niſi belli duces, & non niſi ſuper ijs quæ ipſam belli adminiſtrationem concernunt, paciſci poſſunt: vel ſimul reip. principes: & hi quoque ſi non ſint abſoluti, ſed LL. fundamentalibus obſtringantur, ſine conſenſu procerum aut ſtatuum paciſcendo ditiones aut Imperium diminuere non poſſunt. Ex quo contra ſententiam Tr. excuſari poteſt Franciſcus I. Rex Galliæ, quod non paruerit conditionibus. At, inquies, in carcere ſe ſiſtere debebat: At vero & hoc fortaſsis ſapit iniquitatem, magnos principes perpetuo carceri mancipare, & huiuſmodi extortis promiſsionibus imperij fines propagare. Equidem Romani huiuſmodi occaſiones auide arripuerunt: ſed eos imitari hic fortaſsis non fas, Chriſtianis præſertim principibus. Sane Franciſcus Rex filios obſides dedit, eoſq; poſtea immenſo auri pondere redemit. v. elegantiſsimas Laonij, Ducis de Alba & aliorũ orationes, & iudicia, ſic per negotio iſto dimittendi Regis Franciſci in conſilio Hiſpano apud Guicciard. 9.

Item perduelles.] Hi ſcilicet ſunt, qui fide rupta contra iuramenti religionem, hoſtili animo iniuſta arma contra rempubl. tulerunt: quibus adeo cum non hoſtes, ſed quibuſuis etiam latronibus ſint deteriores, quod iniuſto metu illato extorſerunt, iterum eſſe extorquendum, non obſtante fide data, non abſurde fortaſsis defendetur: cæterum ſi pœnitentia acta ſub imperium redeant, impunitatem promiſſam, quatenus citra periculum Reipubl. fieri poſsit, ſeruandam eſſe facile admittemus.

Transfugæ.] nihil huc facit 5. § 1. *de cap. min.* Et intereſt an quæras de fide promiſſa ab his a quibus transfugerũt, id eſt impunitate: an ab his, ad quos transfugerunt, & incidit in quæſtionem, an proditori fides ſit ſeruanda.

Hæretici.) Commiſcentur hic quæſtiones de fide publica & priuata: quæ procul dubio in conuentionibus ſeruanda eſt hæreticis, quoniam quoad has, vt hæretici non conſiderantur. Cæterum reuera hæc quæſtio eadem eſt, cum ea quæ tractatur *diſp. præced. th.* 9. *lit.* D. an ſaluus conductus reo criminis alicuius conceſſus ſit obſeruandus. Et habet tamen hæreſeos hoc ſingulare, quod & de iudice legitimo eius, & ipſius

eſſe-

criminis qualitate controvertitur. Et præſuppoſito vero hæreſeos crimine, conuictum dimittere ſine quam fuerit periculoſum: iactaturque vulgo hæc pontificiorum ſententia, hæreticis fidem ſeruandam non eſſe, quam ijs etiam hoc loco tribuit Treut. Et id quidem veteres, qui ſcapham appellauerunt ſcapham, ita ſimpliciter ſtatuerunt, quorum aliquos citat Daniel Plancius in elencho ſuo adverſus Ieſuitam Antvverpianum: ſed Moderni ſubtiliores, & ex his Ieſuitæ æquiuocationum Doctores, ſcribere non verentur, quod hæreticis ſeruandam fidem vnanimi voce & conſenſu doceat Eccleſia Catholica: qua de re Iste Martinus Becanus in diſp. Theologica Moguntiæ habita, & duo Ieſuitæ alter Antvverpianus Robertus Schvvertius, alter Vltraiectinus Heribertus Rosvveit ſpecialibus tractatibus ediris. Sed illi ſcilicet verbis hoc quidem affirmant reipſa deſtruunt: dum nemini principum, ius ſalui conductus concedendi eſſe ſtatuunt. & principes fide data non obſtringi autumant, iuxta decretum concilij Conſtantienſis ſeſſ.19. dum quicquid in præiudicium pontificiæ religionis vergit, nullum & inualidum eſſe dictitant, & hæreticos tyrannis & perduellibus comparant: quæ fuſius ex ſequuntur Dan. Plancius in dict. ſuo elencho, & author defenſionis tertiæ ſceleratorum contra Becanum.

Latrones.] Videri poſſit cum latrone iusgent. commune non eſſe; quin ille humani quaſi generis hoſtis, obſidendo vias iusgent. & cognationem quam inter homines natura conſtituit *l. 3 d. iuſti & iur.* violat & perfringit: quem cum cuiuis impune occidere liceat *l.1. & 2. C. quando liceat unicuiq;* multo minus ſeruanda fides erit, nedum ſc. per ſcelus extorta metuque data mortis: vt hic ineptum ſit quod Treut. ait, fidem aut ſeruandam, aut non temere dandam eſſe: neque enim loquimur de caſu, quo forte princeps latroni promiſit impunitatem. Recte itaque ſtatuetur latroni non eſſe ſeruandam fidem, ſed qua latroni [illegible] quo reſpondetur ad *l.31. depoſiti*, vbi proponitur latro ſpolia latrocinioque quæſita penes alium depoſuiſſe. Non recte igitur Tr. opinionem eorum, qui de latrone & hoſte diſſentiunt iure naturali, diuino, gentium, & ciuili contrariam eſſe pronunciat. quæ aſſertio neque ad hoſtem relata, vera eſſe videtur.

LIT. B.

De re quavis.] Hoc ad tractatum perſonarum non pertinet, *Sed ad th. 2. lit. A. & B.*

Vnde princeps ex pacto.] Non ſatis bona illatio eſt: quia aliud eſt principem paciſci, aliud paciſci de republica: cum ipſe ſtatim Treut. contractus principum ſubijciat, quos vtique de republica fieri neceſſum non eſt.

Etiam cum hoſtibus nedum cum ſubditis] Agitur ſc. hic de pactis publicis, ſuper pace aut bello initis: in quibus terminis, contra quam Tr. putat, hoſtes videntur magis eſſe perſonæ habiles, cum quibus paciſcatur princeps, quam ſubditi: quibus mouendi arma in principem, adeoque LL. pacis dicendi aut præſcribendi non eſt: quos adeo ſi iniuſta & damnanda violentia extorqueant principi, hic illis obſtringi non videtur. Poſſunt tamen etiam arma ſubditorum in principem iuſta eſſe: quo caſu ſententiæ Tr. erit locus.

Quod contractus.] Vulgatum Dd. axioma eſt, in contrahendo principem vti iure priuat [illegible] adeo que a Tr. non d ſſ. Dd. nec *Iaſon in l. 7. C. dict. prec. Imp. off.* ſed de plenitudine poteſtatis diſputat, circa quam licet modum excedunt Dd. vt patet ex I iſ. d. loco: attamen extra ordinem tantum ea principem vti debere ipſi ſtatuunt: & ſane non vtetur, niſi vbi ratio ipſius reipub. & ſtatus expoſcit.

Ex præ deceſſoris etiam.] Intereſt an pactum ſit de re propria & ita quaſi priuata, an ad rempubl. pertinente: & hic rurſus an ſit princeps abſolutus, an LL. teneatur; & porro an imperium capeſſat tanquam iure hæreditario, an tanquam à populo. Equidem regna non ſicut fundi aut ædes transferuntur: ſed ij quoque principes, qui ſucceſſione imperia obtinent, quaſi tacita quadam electione populi, initio ita regno conſtituto, imperia capeſcere videntur. Denique an tanquam adminiſtrator reipub. huius vtilitate id exigente, paciſcatur princeps an ſecus. Verum hæc plenius tractanda politicis relinquimus. Plane ex conventione prædeceſſoris, ſucceſſorem in imperio teneri tradit *Bodin. 1 de Republ. c. 7. in fin. Gregor. Toloſ. 7. de Repub c. 20. Roland. à Vall. vol. 3. conſ 13. nu. 39. Iaſ. conſ. 1. num. 5. & ſeqq.* vbi ait teme eſſe latam & omnino obligari ſucceſſorem, modo pactio non tendat in magnam diminutionẽ iuriſdictionis & imperij: & ſi conventio in ſe habeat iuſtitiam & æquitatẽ. & conceſſio fiat per modũ contractus, nec de plenitudine poteſtatis eam reuocari poſſe tradunt *Cyn. in l. digna vox C. d. legib. Bald. ibid. in fin. Caſtr. ibid. nu. 9. Roſental. de feud c. 5. concl 85. nu. 3* de qua re & ꝙ princeps ex cõuẽtione ſua tanquã priuatus obligе-

ligetur, communiter tractant *D. in d. l. digna vox. C. de legib. Zaſ. ad l. princeps ff. eod. num. 4. Gail. 2. obſer. 55. num. 7. Cuno de pact. c. 24. num. 1. & ſeqq. Vaſq. illuſtr. controv. l. 1. c. 3. nu. 1. late Iaſon lib. 1. conſ. 1. num. 1.*

LIT. C.

Niſi iuratum ſit.] Pactum de quota litis iuramento firmari iure Canonico verum, ſed ciuili falſum videtur; tum per rationem generalem *l. 5. C. de legibus,* tum quia dicitur eſſe contra bonos mores in *l. litem 15. Cod. de procurator.* quem textum de hoc pacto Cynus Salic. Caſtren. Sichard. & alij ibid. interpretantur. Et de iure ciuili etiam loqui Tr. argu. eſt altera limitatio, ſi lite finita interponatur; quæ tamen videri poſſit inſubtilis, quod lite finita nullum de quota litis pactum eſſe aut fieri poteſt.

Quid de pacto inter ægrotum.] Diſtinguit Tr. an pactum excedat iuſtum ſalarium nec ne, Atquin hac ratione ſemper vires pacti erunt in incerto: quia Medicus, cuius opera non eſt Mechanica, ſemper iuſtum ſalarium eſſe contendet: & conditio morbi, medici, ægroti facit, vt modo minus, modo maius ſalarium iuſtum ſit. Neque ita diſtinguunt *Pinell. pag. 2. cap. 2. num. 33. Peckius 3. dict. teſtamentis coniug. 9. num. 6.* ſed ſimpliciter pactiones nullas eſſe ſtatuunt, exemplo pactionum inter aduocatum & clientem *l. 9. & § 2. C. de poſtulando.* Et in medico eadem imo maior videtur eſſe ratio. Quo pertinet *l. 6. C. de med. & profeſſ.* ex qua probatur non poſſe peti quæ periclitantes pro ſalute offerunt & promittunt: ratio enim ſubiecta generalis eſt non propria Archiatrorum. Neque obſtat *l. 9. § 1. quod met. cauſ.* quia licet medicus non incidat in edictum illud, inde tamen pactionem valere non ſequitur: ſed & in ea ſpecie promittitur aliquid pro certa exceptione & liberatione, quam nullo modo polliceri poteſt medicus. Alia opinio eſt *Baldi in l. 3. C. de tranſaction.* pactionem ipſo iure validam extra ordinem implorato iudicis officio reſcindi, *argu. l. d. extr. cognit.* quod non obſcure ibidem probat Bartol. quamuis ibi non de pactione ſuper ſalario, ſed alia re agatur. Poſſit & tentari tertio arg. à contrario ſenſu ex *dict. l. 3.* extra caſum illius legis, quo medicus malo more, dolo malo morbũ augendo, conuentionẽ extorſit, pactiones validas eſſe, a qua opinione nõ videntur eſſe alieni, quos citat *Pinell. dict. loc. nu. 32.* Et forſaſſe argumentũ ab aduocato nõ bene concludit, ꝙ officiũ medicorũ apud veteres Romanos non valde honoratũ, quin à ſeruis exercitũ, & in opera Chyrurgica præcipue poſitũ quodammodo mercenariũ fuiſſe poſſit.

LIT. D.

Generatim pacta illegitima.] Nimis generaliter loquitur Tr. cum procul dubio inter pacta iure ciuili, diuino aut naturæ illegitima ſit diſtinguendũ: de quo agitur infra loco proprio diſp. 27.

Licet non convaleſcant.] Tautologia hæc eſt, *interventu iuramenti, & quoties iuramentum acceſſit.* Ea vero ſpecies contradictionis eſt, non conualeſcere pacta, & tamen ſeruanda eſſe: quia ſi nulla manerent, ſeruanda vtique non eſſent: niſi reſpectu diuerſorum iurium hoc dictum accipias. Et inſuper alia contradictionis ſpecies, dũ in allegatis ait, quod aliud ſit, conuentionem fieri validam, aliud iuramentum eſſe ſeruandum: ſecundum quod licet iuramentum ſeruandum ſit, conuentio tamen valida non fiet: cui vtique contrarium eſt, quod in theſi ipſa pacta ſeruanda ait, niſi inter forum ciuile & conſcientiæ diſtinguas. Sed amplius de ipſa diſtinctione videamus, quod pactum non confirmetur, & iuramentum tamen ſeruandum ſit. Quam diſtinctionem poſt aliquos probat, ſed male *Iaſ. in authen. ſacram. puberum C. ſi aduerſus vendit. & Mauric. d. reſtit. c. 119.* vbi inepte hunc effectum conſtituunt, quod minor iuramentum ſeruare teneatur, & nihilominus, quod V. C. ſolvit, condicere poſſit: de quo vide etiam infra diſput. 11. *theſ. 9. & 10. & Bart. in lib. 4. de fideiuſ.* Præcipuus eius effectus in eo poſitus videtur, quod ex iuramento obligetur ſolus iurans, cum ſi ipſe contractus confirmaretur, obligatio tranſiret in hæredes. Et tamen cum iuramentum omne in ſe habeat conuentionem, etiamſi maneat contractus invalidus obligationem ex iuramento ex ratione iuris Canonici in hæredes tranſire, defendi poſſit. Et ſimpliciter rationi iuris Canonici magis conuenire puta uerim, vt conuentio ipſa validetur, ex eaque cum vtique ius Canonicum nullam ſpecialem actionem ex iuramento prodiderit, actio naſcatur: quod & frequentius receptum reprobata illâ diſtinctionem tradit *Couarr. in cap. quamuis. pag. 2. § 1. num. 17. & Salicet.* male à Treut allegatus in illa ipſa authent. *num. 25.* diſerte ſcribit, quod validitas obligationis tranſeat ad hæredes, & ꝙ iuramẽtũ ſit reale confirmatoriũ cõtractus. Et oppugnat. Treut. exemplũ ab ipſo adductũ lit. ſeq. de iuramẽto: ꝙ Iſraelitæ præſtiterũt Gabaonitis: ꝙ cũ ab hæredibus per multas ſucceſſiones, animo

non

Digitized by Google

non vere heredibus, violatum, Deus graviſſime ſit ultus, conſequitur neceſſario, quod obligatio ex illo iuramento, non ſolos affecerit & obſtrinxerit iurantes. Plane cum ſuper ipſo actu invalido iuramentum fiat, & actus iuramento quaſi inſinuetur, ſeparatio iſta non videtur habere rationem.

Lit. E.

Vulgo tale fuit pactum.] Utique illud ipſum per ſe illicitum non fuit: neque vere poteſt dici contra legem factum, quod ab ignorantibus & deceptis factum eſt.

Neque attendendum an læſio enormis.] Equidem *Decius conſ.* 180. *nu.* 6. etiam maiori enormiter, id eſt ultra dimidium læſo, non obſtante iuramēto vult ſuccurri: ubi plures allegat. Verum ita fruſtra fuerit remedium *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* & nullus iuramenti effectus, citra quod etiam reſtitutioni locus eſſet. Sed alia quæſtio eſt de læſione, ut Dd. loquuntur, enormiſſima, id eſt, ut ipſi quoque definiunt, quę longe excedit dimidium: propter hanc enim demum etiam maiori qui iuravit, ſuccurrendum eſſe, communior eſt ſententia, teſtibus *Eichard. conſ.* 53. *n* 8. *& cōſ.* 133. *n.* 17. *Pinell. in l.* 2. *C. d. reſc. ven p.* 3. *c.* 1. *nu.* 1. *& ſeqq. & Mynſ.* 5. *obſ.* 5. *reſp.* 50. *n.* 13. *prolixe Iaſ. conſ.* 133. *vol.* 4. *& diſtincte Covarr in ca. quamvis pag.* 3. *§. ult. n.* 7. *& libr.* 2. *var. reſol. c.* 5. *Oſaſcus deciſ.* 41. *Setſer lib.* 1. *d. iuram. c.* 11. *num.* 14. eaque ſententia, quod alia nimium iure canonico iuramentis tribuitur, recipienda videtur. Neque obſtat, quod de conſcientia movet Tr. vel quia non cenſetur quis cogitaſſe de tam enormi læſione, neq; adeo obligatus iuramento: vel quoniam abſolutionem a iuramento petere poteſt

THESIS VIII.

Lit. A.

Ratio potiſſima eſt.) Non abs re eſt quod ait *Ioh. Ramatus in c. quamvis d. pact. in prin. n* 2. non facile eſſe adæquatam dare rationem, cur pacta de ſuccedendo non valeant: proxima hæc eſſe videtur, quod ſicut certi ſunt iure noſtro acquirendæ obligationis & dominij modi, ita quoq; conſequendæ hæreditatis, videlicet lex & teſtamentum per *l.* 1. *cum ſeq. d. petit hared. l. pact. C. d coll l* 5. *C. d pact. convēt. l.* 4. *C. dict. inutil ſtip. l. cū donationis, C d tranſact. l. ult. de ſuis & legit.* idque eſt quod in hac materia dicitur, cautiones privatorum legis autoritate non cenſeri *d l. ult.* Et ſane excedit hæc res notiſſimos terminos pactionum & conventionum, quibus de dādo aut faciendo tractatur, neq; ex ratione iuris noſtri quiſquā pacto ad præſtandam hæreditatē obligari poteſt: neq; ſucceſſiones ab inteſtato tantum ſed etiam teſtamentariæ lege quodāmodo deferuntur *l.* 130. *reg. iur.* quod lex diſpoſitionibus ultimis quodammodo aſſiſtat quo pertinet quod ait *Alb. Gent.* 4. *lect. c.* 5. nō ea facultate privata, qua viventes de rebus noſtris diſponimus, ſed à iure largita, teſtamēta condi. Hęc licet ita ſint, aliquid tamen amplius eſſe videtur, quod huiuſmodi improbet pactiones: ſiquidem nec pœnalis ſtipulatio ſuper hac re concepta valet *l.* 51. *d. V. O.* Cui obſtare videtur *l. quidam* 52. *eod.* Sed ibi agitur de filio, & ſpectatur conſervatio hæreditatis, & non directe hoc agitur, & etiam relinquendo eum hæredē ab inteſtato, nihil fit contra promiſſionem ut *Br. Iaſ. & Zaſ. in d. l. ſtipu.* 61. *d. V. O.* in qua lege in ſpecie hæc ratio addditur, quod ſtipulatio ſit cōtra bonos mores. Cuius rei iterū duplex aſſignari ſolet ratio: prima eſt, quod pacta de ſuccedendo adferant liberam teſtamenti factionem *l.* 15. *C. de pact. l.* 52. *§. idē, pro ſocio contra l.* 1. *C. d. ſacroſ. Eccl. vide Dd ad l* 3. *C. d. collat.* Poſſit tamen forte huic rationi derogari: quod factum videmus à Leone *N.* 19. ubi nominatim abrogatur & dānatur, *l.* 25. *C. h. t.* Et licet N. N. illæ non ſint authenticæ, oſtenditur tamē inde, non obſtante iſta ratione, conventionem aliquam de ſuccedendo lege confirmari poſſe: cum Imp. doctiſſimus, ut & philoſophi nomen meruerit, conſtitutionē *d l.* 15. *C. d pact* naturali æquitati contrariam eſſe pronunciet. Et libertas illa præſertim quoad eas perſonas quibus alias debetur hæreditas, non adeo videtur attēdenda: cum etiā totum ius teſtādi magis à iure civili eſſe videatur, quo etiā aliquæ gentes plane non uſæ, & ex earum numero Germani, teſte *Corn. Tacit. de mor. Germ. v. Bod.* 5. *dict. rep.* 2. Altera ratio eſt à voto captandæ mortis, quam hic proponit Tr. *arg. l.* 11. *C. de tranſ. c.* 2. *d conc. præb.* in qua magis acquieſcunt Dd. adeo ut propterea nec ſtatuto, nec iuramento pactum tale confirmari poſſe exiſtimet. *Gail. poſt multos* 2. *obſ.* 125 *&* 126. Sūt equidē aliqua iure permiſſa, quæ eiuſmodi votum captandæ mortis videntur implicare: veluti ſubſtitutio pupillaris *§* 4. *Inſt. d. pup. ſubſt.* donatio omniū bonorū retēto uſufructu *l.* 35 *§.* 5. *C. d dōat.* imo quęvis donatio mortis cauſa, & nuncupato facta inſtitutio: & ex iure feudali inveſtitura de feudo vaſalli adhuc vivētis *c.* 1. *§. morib. ſi de feudo def.* & c. quin imo ipſa lex, quę proximis hereditatem defert, cauſam captandæ mortis præbere videtur. Verū hæc partim certū & conſtans votū captandæ mortis non inducūt partim ſpecialia ſunt ſuis ſubnixa rationibus:

Q nim-

minime autem in genere & in vniuerſum permittēdum fuit, & quivis neceſſitate obligationis ſuper hacre conſtringeretur. Eoq; defendi poteſt, ut pactis hæreditas detur, ſecundū quid ſtatuto & lege confirmari poſſe: videmus hodie pactis dotalibus ſuper hæreditate vel tota vel parte invicem diſponi: ita quidem ut altera parte invita mutari & revocari non poſſint, contra quam exiſtimat *Sich in l.3.C.d.coll n. 6. de q.10 inf. p.2. diſp.7.*

LIT. B.

Niſi reciprocum fuerit.] Sententia hæc iure noſtro vera non eſt: tum quia hic quoq; militant omnes ſupra adductæ rationes: tum quia in *l. licent.16 Cod. h.t.* ſpeciatim excipiuntur milites, & quidem ad cōmunem aleā martis ſiue mortis pergentes: quin exiſtimet *Ramatus in cap quāvis de pact.n.19* quod in ea ſpecie miles defūcti militis bona tanquam ex donatione cauſa mortis obtineat, & *Cyn. in l.ult. C,h.t.n.5.inf.* ait, quod iſtud inter milites valeat non ut pactum, ſed ut vltima voluntas Errat igitur *Gail. 2.obſ.126.* vbi coniugum reciproca de ſuccedendo pacta, etiā iure civili irrevocabiliter affirmat valere.

LIT. C. & D.

Vel eſt de ſucceſſione tertij.] non recte hæc pacta ſtatuuntur ſpecies affirmativi pacti de ſuccedē do: quia ex ijs nullo modo peti aut vindicari poteſt hæreditas, ſed illa revera nihil aliud ſūt, quam pacta de dividenda & cōmunicanda hæreditate obventura ſive incerti, de quo in *l.3. §. 2.2 pro ſoc.* ſive certi, de quo in *l.ult C.d.pact* vbi hoc Juſt ideo improbat, quod inciuile ſit, vivētis hominis bona in ſortem & diviſionem vocare, & ita quaſi eius mortē voto & ſpe præcipere. Eoq; eiuſmodi pacto locus non eſt, niſi inter illos, ad quos iure cognatiōis alias hereditas eſſet perventura, *arg pr.d l.fin.C h.t & Cyn. & all. D.d. in d. l. ſi* ponūt caſū in duobus cognatis paciſcētibus ſuper hæreditate cuiuſdam cōſanguinei.

LIT. E.

Ait pactum de hæreditate tertij, certi, eo ignorante factum, prorſus eſſe invalidū: & ſubjicit, etiamſi cum filia ineatur, quæ alias ab inteſtato erat ſucceſſura Atquin nihil apparet, cur magis filia valere poſſit, quæ etiam turpius de hereditate paterna dividēda paciſcitur: neq; etiam, cur de filia potius, quam de filio proponatur. Sed iam diximus, pacto illo locū non eſſe, niſi inter eos qui ab inteſtato ſunt ſucceſſuri.

Et ſi iuratum ſit, eſt enim contra bonos mores naturæ.] Hoc vero procul dubio falſum eſt: cum tale pactum nec pariat hæreditatē, nec inducat votum captandæ mortis, nec impediat libertatē teſtandi: ſed ſaltem recipiat diviſionem hæreditatis futuræ: utiq; longe minus odioſum eſt, quam pactum de ſuccedēdo. ex quo in foro cōſcientiæ obligationem naſci, non obſcure exiſtimat Tr. in fin. lit. A & conſequenter falſum eſt, quod nec ſtatuto nec conſuetudine tale pactum confirmari poſſe ſubjicit.

Adeoq; pactum dotali.] Hoc vero cum præcedentibus non cohæret: & ex ſeqq. apparet, ſpeciem hāc pacti adeo improbati non eſſe. Et aut non conſenſit filia. & utiq; pactum non eſt: aut conſenſit filia. & tale pactum quale proponitur in theſi, non eſt, ſed pactum negativum de ſuccedendo, de quo itidem falſus eſt quod ſit contra bonos mores naturæ: ut adeo cōjicere liceat hic per incuriam diverſas quæſtiones confundi, & quæ de invaliditate abſoluta pacti proponūtur, ad pactum affirmativum de quo actum eſt lit. A. pertinere, quoniā de hoc tātum agit allegatus *Gail obſ.12.5.n.1 & ſeqq.* & de hoc demum pacto etiam *all Sich in l 3.Cod.d.coll n 3* ait, non poſſe firmari iuramento. Et hoc tamen quoq; contra bonos mores naturæ eſſe non videtur, tū ex ratione iam à Tr. allata lit. A in F. tum quia ipſe pacta reciproca de ſuccedendo admittit. Hoc autem poſito quod illa pertineant ad pactum affirmativū conſequenter ea quæ in theſi & initio lit. & hoc verſ. proponuntur, nullo modo inter ſe cohærebunt. Quod autem ad illud pactum hic pro iure civili etiā valeat: quod magis eſt vt falſum ſit: quia revera eſt pactum de non ſuccedendo, quod renūciatur hæreditati, quod patet *ex l. 3. C. de collat.* (ubi tale pactum proponitur & improbatur) & ijs quæ Sich poſt alios Dd ibid. notat. Neque conſtitutio Juſt. n. In *l fin h t.* (Per quam ipſe Tr. nihil derogatum *d l.3.* & alijs textibus, puta) ad illum caſum porrigenda eſt. Et vero confuſim hic ſimul agi à Tr. de pacto negativo, & quod ab ipſo proponitur, pro tali haberi, apparet ex eo quod ſtatim ſubjicit, rénuntiationem iuratam etiam, non obſtare filię, quo minus ex teſtamento ſuccedere poſſit.

LIT. F.

Hic agitur de pacto negativo, quod iure civili itidem comprobatum eſt, *quamvis dict. pact. in 6. l.C. de coll. l ult. d ſuis & legit* cuius rei rationes ex Dd aliquas refert *Nat. in d. c. quamvis pag. 2.n.81.* ſed proxima ratio eſt, quod ſicut acquirēdæ ita & amittēdæ hæreditatis certi iure noſtro modi ſunt: cui addi poteſt quod pactum de non ſuccedendo, de quo agimus, eo tempore interponitur.

nitur, quo nulla adhuc eſt hæreditas, nullũ veræ ſucceſſionis ius: tempore autem mortis ideo effectum exercere non poteſt, quod tam Lex, quæ potentius operatur, quam pactum proximo cognato addicit hæreditatem: atquin cautiones privatorum legis auctoritati cenſeri non poſſunt *l. ult. d. ſuis & legit.* Addit autem Tr. limitationem, niſi qui pactus eſt, tantum acceperit, quantum ei ex hæreditate debebatur. Vbi illud, *deberi* ambiguum eſt: cum ex iure gent. tote hæreditas liberis deberatur *l. 7. in prin. d. bon. damnat.* Sed & licet de legitima intelligas, iſta limitatio ſimpliciter admittenda non eſt. Et initio diſtingui oportet, an renuntiatum fuerit ab eo, qui tantum ius ab inteſtato ſuccedendi, an qui ſimul ius querelæ habebat: & porro an ille cuius hæreditati renuntiatum eſt, deceſſerit teſtatus, an inteſtatus. Hoc caſu nullo obſtante pacto ex lege ſuccedit, quantumcumque a defuncto renuntians acceperit, ut tantum hoc reliquis conferat *l. 3. C. d. coll.* illo caſu poteſtas legis proximam hæreditatẽ deferentis ceſſat, & illud quæritur, an vigore renuntiationis & pacti quis a querela excludatur; Vbi ex ſententia Tr. affirmandum videtur, ſi a vivẽte adhuc quis quãtitatẽ eam quæ exæquat legitimã, acceperit ex *l. 1 §. ſi quis à parente &c.* Sed nimirũ hic quoque intereſt, 1. inter titulum, ex quo illud datum eſt, 2. inter ius vetus & novum. Iure veteri quod mortis cauſa datum erat, etiam citra expreſſum pactum renuntiatorium imputabatur in legitimam, & excludebat a querela *l. 8. § 6. d. inoff. teſtam.* per donationem inter vivos non aliter, niſi ſub ea contemplatione donatum *l. ſi non 5 eod. tit.* Iure novo, filio ne quidem pactum obſtat *l. 35. §. 1. C. d. inoff. teſt.* quod maxime iure noviſſimo obtinet *Nov. 1 5. c. 3* ex qua liberi legitimam habere debent titulo Inſtitutionis. Adeoque hodie diverſum ius videri poſſit inter parentes & liberos. quibus etiam tantum convenit ratio Iuſtin. *in d. l. 35.* quæ etiam extat apud *Harmenopol lib. 5. tit. §. 9.* ii facit *l. 7. in prin. d. bon. damnat. iuxta l. 15 in pr. d. inoff. teſt.* Vbi tamen notandum, quod *in dict. l. §. 3. ſi quis à parente &c* pater non ipſo iure, ſed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi in ſpecie non de querela inofficioſi, ſed bonorum poſſeſſione contra tab. agatur.

Lit. G

Quæritur, an valeat renunciatio filiæ, eo uſque, ut nihil amplius petere poſſit. Et aut nihil accepit filia, aut minus legitima, quam ius civile aſſignat. Illo caſu legitimã petere poteſt, cõtra quam ſentit *Fachin. 3. controv. 24.* cuius ratio nulla à viribus iuramenti: quia alias etiam valeret pactum affirmativum: & recte ait Molineus *Mynſ. 5. obſerv. 22. & Giph. hic th. 252* quod Canoniſtæ ſub prætextu nominis divini iniquas conventiones adverſus leges tueantur. Et capitulum correctorium iuris civilis in terminis loquens filiæ dotatæ extra iſtum caſum nõ eſt porrigendum. Poſteriori caſu aut loquimur in terminis ſtatuti, filiam præter acceptam dotẽ amplius petere prohibentis, aut in terminis iuris communis. Illic dicam quod ſtatutũ eo ipſo minorem quantitatẽ legitimæ definiſſe intelligatur, quam facultatem ſtatuta habent: cũ præſertim alias ſtatutum nihil foret operaturũ ultra ius cõmune. Hic, licet cõmuniter Dd. *Sich. & alij in l. 3. C. d. collat. cap. quamvis.* explicent de dote congrua, eaque quæ legitimam exæquet: attamen ex mente pontificis qui ſimpliciter proponit dotem datam, contrarium rectius defenditur contra Tr. cum præſertim alias pater iure communi legitima relicta, filiam a cæteris omnibus bonis excludere poſſit. Facit quod cũ patris bona augeri & minui poſſint, filia quæ dote à vivo patre accepta hæreditati renuntiavit, tanti legitimam æſtimaſſe & de ea quaſi tranſegiſſe videatur.

illud hoc loco graviter.] Veram puto hanc ſentẽtiam, quam etiam communem teſtatur & ſequitur *Natta in cap. quamvis. pag. 2. nume. 124.* Etenim hæc renuntiatio non valet iure obligationis quæ tranſeat in hæredes: & non abſimile eſt, quod exhæredatus filius mortis patris tempore ſuperſtes obſtat nepoti, qui non obſtaret prædefunctus: & renũtiatio matris nõ poteſt impedire effectum legis, quæ utiq; matre præmortua hæreditatẽ avi transfert ad nepotes. Vide etiam *Anton. Fab. decad. 28. err. 6* ubi varias diſtinctiones proponit, & in eas inquirit. Obijci ſolet, quod nepotes non proprio iure ſed repræſentationis ſuccedant. Sed reſponderi poteſt vocari etiam iure proprio & a lege qua nepotes, licet aliquo modo vices ſubeant parentis ad eum præcipue effectum quem etiã ſpectavit ius repræſentationis, ne excludantur per gradum proximiores. quod autẽ favori eorũ datum eſt, in odiũ retorqueri non debet. Et tamen ſi iure cõmuni & ordinario renũtiatio iſta defenderetur, cõtraria ſentẽtia probabilior videri poſſit; ꝑ accedẽs illud, mors filiæ præcedẽs ius mutare & effectũ renuntiationis quæ reſpi-

cit favorem familiæ, non debeat impedire. Illa ratio Dd pro nepotibus, quod renuntiationes ſtricti iuris ſint, non magni mihi momenti eſſe videtur. quia ut nō porrigatur ad alia, hæredes exinde non teneri, minime efficitur. Si minor, ſi mulier, ſi fideiuſſor, beneficijs ſuis, maxime iurati, renuntiaverint, hæredibus id obeſſe nemo negaverit neq; alia ratio hic differētiæ dari poteſt: quam quod nuntiatio iſta affectū L quæ nepoti defert hæreditatem, impedire nō poſſe videtur: & tamen poſtquam Lex ſive conſuetudo renuntiationē illā probat, parum abeſt, quin legi civili hæreditatē nepoti differenti derogarit, aut nepoti ſuccedere volēti, ex perſona matris, cui præferrim alias ſucceſſit, excepit opponi poſſit, q alijs accuratius expēdēdū relinquo.

Alia quæſtio eſt, an filia &c.] Affirmat Tr. ſi tēpore renuntiationis aliæ ſorores vel ſolæ, vel cum fratribus extiterint, utroq; caſu ſuperſtites ſorores obſtare ei quæ renuntiavit, quo minus ab inteſtato ſuccedere poſſit. Cui ſentētiæ obſtat, quod *Sich poſt Dd. communiter tradit in l. 3. C. d collat. n.* 10. quod hæ renuntiationes præſumptione iuris intelligantur fieri pro conſervanda familia. Ideoq. in ſecundo caſu intrepide cōtra Tr. concludam, imo etiam in priori, ſi tempore renuntiationis ſpes ſuperfuerit tollēdæ maſculæ prolis: cum præſertim, *ut dict loc. notat Sich.* eiuſmodi renūtiationes ſint odioſæ, & minime extendendæ. Plane ſi & tempore renuntiationis ſolæ fuerint ſorores, & nulla maſculæ ſobolis ſpes, & amplius reliquæ ſorores nulla exacta & facta renuntiatione elocatæ fuerint, poterit his concurrentibus ſententiæ Tr. eſſe locus.

Alia ratio eſt deciſionis] Ego hic à Tr. diſſentio, quia in ſpecie iſta propoſita à Teſſ. apparet renūtiationem factam favore agnationis: ſicut & in ſpecie quam tractat *Oſaſc. dec* 110. non dubitarim, donantes ſpectaſſe caſum, quo omnes quorum ibi fit mentio, ſine liberis deceſſerint: contra quam ibi reſpondet Oſaſcus, frivolo fundamēto *in l fin § filium d. leg.* 2. ubi apparet ſeparatim libris legata data, nec ullo modo voluiſſe patronam, ut à buno ad alium tranſirent: neque illud ibi quæritur, ſed hoc: an patronæ filius à liberto gravato inſtitutus & hæreditatem adire, & fidei cōmiſſum a cohærede petere poſſit.

An reſcindantur ob læſionem] Æſtimatur læſio vel ex quantitate totius hæreditatis, vel legitimæ Et de poſteriori caſu tātum quæſtio eſſe poteſt: ubi in negativam partem cōtra *Natt. inc. quamvis, n.* 40. *& ſimil.* 6 *& quæ ibi allegat.* proclivior ſum: quod ut paulo ante dictū, dote accepta filia tranſegiſſe videatur, & conſtitutio pontificia nihil exigit, niſi ut filia acceperit dotem, quæ legitimam exequare nō ſolet.

Idem obtinebit in filio.] Hic quoque contra Tr. ſtatuere libet, hoc affirmantem ſimpliciter: ſiquidem pro diſſ. allegat Mynſing, qui cum Molineo hanc renuntiationem in nulla bona & honeſta cauſa fundari ait. Et vero c. quāvis temere extendendū non eſt: & ceſſante favore familiæ. eiuſmodi renuntiationes ius gent. & civile offendunt. Secundum quæ admittam ſententiam Tr. ſi verbi cauſa filius iunior pro conſervando familiæ ſplendore, in favorem primogeniti renuntiaſſe proponatur.

Addamus Colophonis loco ad iſtam materiam, hanc quæſtionem: an filia ſtatuto vel renuntiatione excluſa, ſalvo teſtamento præteriri poſſit. Et poſteriori quidem caſu dubitatio maior eſt. quod renuntiatio facta non videatur tollere ius ſuitatis, ut multis diſputat *Ant. Fabr. decad.* 13 *error.* 1. quo poſito, filia preterita teſtamentum nullum erit. Sunt qui eam exhæredandam putent, adimplendam teſtamenti ſolemnitatem: ſed inſtituendam putat *Ant. Fab.* vel in uno nummo, *d. decad.* 13. *error.* 1. *inſ.* cuius iudicium ibi aut mirari aut ridere libet, dum inſtitutionem in dote inutilem fore contendit: cum procul dubio ius patris in dote nonni nūmum valeat, & nuda ſolennitas inſtitutionis, quam ſolam requiri, etiam in dote impleri poſſit. Verum hæc inſtituendi ratio prudentibus iuris ignota, & mere commentitia habēda eſt, ut quis nudo nomine hæres neque abſtinēs neque repudiās, nihil ex hæreditate conſequatur, & nulla parte defunctum repræſentet, nullas actiones hęreditarias exerceat aut ſuſcipiat. Cæterum exhæredationis notam filiæ immerenti inuri, permittendum non videtur: cum etiam ex ratione iuris novi iuxta communem ſententiam exhæredatio ſine cauſa facta, pro nulla habeatur: cæteroqui ex ratione iuris veteris, filius etiam optime meritus ſalvo teſtamento, legitima data, ut nec querelæ locus eſſet poterat exhæredari. Ego ſimpliciorem ſequar Dd ſententiam, filiam præteritam teſtamentum non facere nullum: in eum ſcilicet caſum, quo ipſi renuntiatio obſtat: fruſtra enim illa teſtamētum nullum dicit, quæ ab inteſtato ius ſuccedendi nō habet: ita poſtquā lute anō. receptū eſt, ut renūtiatio valeat, ſimul neceſſaria conſequētia effectum videtur, ne deferatur

hære-

hæreditas, aut vt ipſo delationis momento & inſtanti, vis & poteſtas renuntiationis excludẽtis filiam ſuccedat, efficiatque, vt effectu hæreditas nõ delata videatur. Facit, quod ex ratione veteris iuris ob prætẽtionem filiæ non erat nullum teſtamentum *in prin. ſ. ex hæred. lib.* vt inde verboſa diſputatio *A. Fab. dec. 30. err. 1. 2. & 3. & dict. dec. 13. err. 1. & 2.* labeſcere videatur.

THESIS IX.

Lit. A.

Naturalem obligationem producunt] Communis hæc eſt D.D. ſententia, cui firmandæ hæc adducuntur 1. quod naturalis obligatio fundatur in conſenſu & æquitate *l. 95. §. 4. d. ſolut.* quod vtrunque eſt in pactis *l. 1. h. tit. l. 1. dict. conſt. pec. 4.* quod pacta cum naturalem obligationem tollant *dict. § 4.* eandem parere videntur 3. quod vſuræ pacta promiſſæ naturaliter debentur *l. 5. §. 7. dict. ſolut.* qua de cauſa ſolutæ non condicuntur *l. 3. C. de vſur. l. 28. C. h. t.* Poſſit reſponderi ad 1. inde non ſequi, quod talis ex pacto quonis naſcatur obligatio naturalis, quæ effectus iure ciuili introductos habeat: (nam & obligatio ad antidora naturalis dicitur *l. 25. §. 11. d. pet. hær.* ſed hoc ei demum ineſſe naturali obligationi, quæ naſcitur ex pacto veſtito, vbi conditio & qualitas perſonæ vel cauſæ ciuilẽ prohibet oriri obligationem: Cæteras conuentiones iuri gentiũ relictas eſſe: cum etiam conſtet, prætorem nil niſi exceptionẽ ex pactis nudis edicto ſuo propoſuiſſe *l. 7. §. 4. h. t.* Ad 2. quod à diſſolutione ad conſtitutionem nõ recte concludatur *arg. l. Arrianus d. O. & A.* Ad. 3. quod ſpecialiter receptũ eſt, non eſſe trahendum ad conſequentiam: cum etiam ibi conſiderata videatur non tam naturalis obligatio quam æquitas compenſationis, cui etiam innitur deciſio *l. 8. In quib. cauſ. pign. tac.* Attamen hæc fortaſſis rationibus prædictis non ſatisfaciunt: & confirmant communem ſententiam exempla pactorum legitimorum: quorum confirmationi procul dubio naturalis obligatio dedit cauſam: abſurdum fuerit dicere ante confirmationem pecuniam ex conſtituto, nuda dotis aut donationis promiſſione ſolutam non potuiſſe retineri. Neque euertunt eam ſententiam rationes Connani ex *l 7. §. 4.* quod nuda pactio non pareat obligationem 2. quod paſſim obligationem cauſæ conſtituantur tantum contractus & delicta *l. 1. d. obligat. & act. 1. tit. 14. lib. 3. Caius. 2. 1. 9. 3. ex l. 56. §. 2. de fideiuſſ & l 1. §. 2. ad V. O.* vbi defectus aliquis in contractu facit, vt nec obligatio naturalis oriatur, & tamen iure pacti talem conuentionem cẽſendam vix negari poſſe videtur, cum etiam nutu recte contrahatur obligatio *l. 52. §. vltim. d. O. & A* Reſp. ad 1. & 2. obligationis verbum ſumi, vt plurimum & in dubio in potentiori ſignificatu, nimirum de ciuili, de qua etiam nominatim tractatur *in l 7. in prin. § 1. & ſeqq. hoc tit.* tum deinde de eiuſdem quoque cauſis in iure tractari ad materiã ſubiectam, velut in textibus allegatis; & fit mentio cauſæ principalis, contractus vt pacta legitima & adiecta non excludantur. Ad 3. quod contractus iure certam habeant naturam, certa requiſita, quibus deficientibus, ob defectũ formæ vel materiæ contractu nullo, nulla etiam plane poſſit naſci obligatio. Illud hic in dubium vocari poſſit, an eadem ex iure etiam gentium omnium conuentionum ſimplicium pactorum & contractuum ſit poteſtas: quod quidem, cum ius gẽtium nullam ſolennitatem deſideret verborum, & pacta obligatoria vel contractibus accedant vel in ſpeciem donationis incidant, communiter affirmant, de quo ſatis late *VVeſemb in parat. hic num 9.*

Eandem ipſo iure tollunt.] Duo hic deſiderari poſſe videntur. 1. quod non diſtinguit obligationem naturalem, quæ vel eſt nuda vel mixta. De hac enim, licet communiter aliud receptum ſit *poſt Accurſ in Glo. magna ad l. 27. §. pactus h. tit.* dubitari non immerito poſſit, an per pactum de non petendo naturalis obligatio ita tollatur, vt ciuilis maneat ſola. Quod quidem non videtur, propter inſeparabilem obligationis naturalis cum ciuili nexum, eumque talem, vt vna obligatio eſſe intelligatur, quomodo & perpetuo in vſu iuris ſimpliciter ciuilis dicitur: eoque *Iuſtin. in §. 3. & 4. Inſt. d. except* ſi iuratum vel pactum ſit de non petendo, ſimpliciter affirmat, quod debitor maneat obligatus. Et hoc recte ſenſerunt olim, quos refert Accurſ. *d. loc* ſi inveniatur naturalis cum ciuili, non Poſſit naturalis tolli per pactum, quoniam vna ſit ſubſtantia vtriuſque. Neque obſtat *l 95. §. 4. d. ſolut.* quæ loquitur de naturali ſola: & tractat de pupillo, qui dedit fideiuſſorem: & in dubio verbum obligationis naturalis, nudam & ſimplicem naturalem denotat. Non obſtat etiam *l. 3. § 1. dict. conſtitut. pecun.* ibi, *debita iuribus non eſt pecunia*: quia intelligitur ius prætorium & ciuile: illo enim debitor non intelligitur, qui exceptione tutus eſt, præſertim pacti, quod ipſe prætor edicto ſuo confirmauit. Et hinc ſumi poteſt ratio conciliandi, *ad leg. 27. §. 2. de pact. & ad leg. 65. §. 4. de ſolution.*

de quo etiam *theſ. vltim. lit. A.* Secundo in hac propoſitione Tr. hoc deſiderari poteſt, quod nudo pacto etiam obligatio quædam ciuilis ipſo iure diſſoluitur, cuiuſmodi eſt quæ nudo cõſenſu conſtat, quod docent *l. 7. §. adeo l. 27. §. 2. verſ. item dicemus l. 58. in prin. h. t. l. 72. in fin. prin. de contrah. emt. l. 3. 4. & 5. §. 1. de reſc. in vend.* Secundum quæ etiam pactũ hypothecæ, nudo pacto tolli, ipſo iure recte defendemus, non obſtante ratione, qua tãquam inuicta mouetur *Ant. Fab. l. 17. §. 2. h. t.* quod fieri nequeat vt pactum ad actionem confirmatum, nudo pacto tollatur. Nã præterquam, quod ſupra oſtenſum proprie loquendo ex pacto actionem non naſci, ita vt tantum obligationem pignoris nuda conuentione contractam pacto nudo diſſolui dicendum ſit: hoc admiſſo ſequeretur, obligationes ex cõtractibus, qui conſenſu conſtant, naſcentes, & ſine dubio ciuiles, nudo pacto integra re ipſo iure tolli non poſſe, contra textus paulo ante adductos. Et manifeſte Faber principium petit, nihil hic dicens eſſe ſimile, & tamen eius diſſimilitudinis rationem afferens nullam. Et igitur hæc propoſitio ſtatuenda videtur: obligationẽ nudo & mero conſenſu cõſtantem, vtcunque illa iure ciuili aut prætorio firmata & probata ſit, tamen nudo etiam pacto ipſo iure tolli quod ſcil. Tota eius eſſentia in conſenſu conſiſtat: quo ſublato per pactum, nihil amplius eſt, in quo actio fundetur: etenim confirmatio iuris extrinſecum quid eſt & accidentarium.

Lit. B.

Et Iure Canonico quidem.] Pro, *&* legendũ eſt, *ne*: quia allegata oſtendunt Tr in ea eſſe opinione, quod ex pactis nudis iure eo non naſcatur actio, quam ſequitur *Ant. Fab. in l. 7. §. 7. h. t.* Verũ contraria ſententia verior & ſimplicior videtur quam ex neotericis tuetur *Greg. lopez. 1. anim. 9. per cap. 1. & 3. d. pact.* Quod enim in hoc dicitur argum. Rubr. ad ſtipulationes commode non refertur: & in illo agitur de conuento, & ideo de pacto remiſſorio male explicatur: neque ad conuentum aliquem Monachorum illud referre poſſis, quod inepte videtur velle Forcatulus. Et inde enata videtur conſuetudo, de qua ipſe atteſtatur Treut. vt ex quouis pacto hodie a-ctio detur: facit quod ſtipulatio non niſi ſolennitate verborum, quam non attendit Ius Canon. à pacto differt: & iure quoque noſtro aliquando ex mente conuenientium pacta & ſtipulationes diſtinguuntur *l. 7. 12. h. t.* Et ius diuinum, cuius æmulum eſſe vult Ius Canon etiam inter iuramentum & ſimplicem loquelam diſtinguere negatur 12. 22. *q. 5.* & vt *Stcharã. ait. ad Rubr. C. h. t. num. 14.* Ius Canonicum tantum æquitatem conſiderat.

Lit. C.

Et ſi ad decipiendum.] Non ſatis bene hoc cohæret cum eo quod præcedit lit. B. D. producenda obligat & actione: Etenim hic inter pacta obligatoria & liberatoria eſt diſtinguendum.

THESIS X.

Lit. A. & B.

Affirmat hic Treut. pacta adiecta tantum bonæ fidei contractibus ad actionem prodeſſe: quæ ſententia à Donell. & Cuiac cõfirmatur ex *l. 7. § quinimo h. t. l. 13. C. eod.* vbi tantum fit mentio bonæ fidei cõtractuum: item *ex l. 11. § 1. d. reb. cred.* quibus addit Cuiacius cum quoad pacta ex interuallo adiecta differentia ſit, inter ſtricti iuris & bonæ fidei contractus, quod probari putat *ex l. 3. de reſcript. vend* rationis eſſe, vt aliquam etiam quoad illa quæ in continenti adiiciuntur, agnoſcamus. Verum ad *d. l. 7. h. t. & ad l. 13. C. eod.* præter ea quæ ibi Accurſ. notat. non abſurde reſpondetur, exempli cauſa mentionẽ fieri contractuum bonæ fidei, in quibus res eſt apertior, & ea natura illorum, vt magis & frequentius eiuſmodi pacta admittant. Et vulgo dicitur, incluſionem vnius non eſſe excluſionẽ alterius, quo modo quæ de iudiciis bonæ fidei affirmantur *in l 5. de vſur. l 6. Cod. dict. pignor. action. l. 3. C ex quibus cauſ. maior.* eorum iudiciorum propria non ſunt. Cæterum particula *Interdum, in dict. §. quinimo* non ſtricti iuris iudicia excludit, ſed pacta ex interuallo adiecta, vel quæ à natura contractus ſunt alia, quod rectiſſime ad illum locum adnotauit Gothof. in eoque errat *Accurſ. in dict. l. 7. §. 5. h. t.* vbi pactum hoc, vt pro me Romam vadas, cuicunque contractui adiectũm, ad actionẽ prodeſſe putat Ratio Cuiac nulla eſt, quia primo claudicat conſequentia, à pactis ex interuallo adiectis, ad ea quæ apponuntur in continenti. Deinde nulla etiam eſt adſumptionis probatio: ex *l d reſc vend* in qua de illis tantum agitur contractibus, qui conſenſu conſtant, quorũm hac in re ſpecialis eſt ratio Et quoniam in hanc legem incidimus, vt obiter loci difficilis, & in quo contradictorie, agi non poſſe, & tamen exceptionem ineſſe, dici videtur, interpretationem adiiciamus, exiſtimamus eo reſpectu ibi dici, agi non poſſe, quod prætor in illa ſpecie, ſtatim actionem denegat: ſiquidem exceptiones eius generis quaſi deſtruunt

deſtruunt bonæ fidei actionis naturā & formulam, ex bona fid.: quia vbi verbi cauſa dolus vel metus intervenit, vel pacto vt a cōtractu diſcederetur conventum eſt, nullus locus eſt condemnationi, in quantum alterum alteri ex æquo & bono præſtari oportet, Sed vt ad rem redeamus potior videri poſſit cōtra Tr. communis opinio: niſi obſtaret textus *in l. 11. §. 1. de reb. cred* neque enim ſatisfacit quod Gœddeus reſpondet *de contr. ſtip concl. 2 num 52* eiuſmodi pacto deſtrui ſubſtantiam mutui quod & recōtrahatur, & ſit gratuitum: tum quia depoſitum admittit pactum vſurarum *l. 24. & 26. depoſiti:* tum quia aliquot caſibus mutuū ex pacto vſuras admittit velut *in l. 12. C. de vſur.* Hic enim fruſtra eſt Gœddeus, ſpeciale eſſe dicens in rebus fungibilibus quæ ex terra naſcuntur: tum quia vinum aut frumentum non ea ratione qua ex terra naſcitur, mutuo datur, ſed quatenus iam natum & collectum vſui eſſe poteſt, quo caſu inter ipſum & pecuniam numeratam nulla eſt differentia: tum quia aliis tribus caſibus pecunia numerata mutuo data vſuræ recte in pactū deducuntur: *Nov. 136. c. 3. l. 30. d. vſur. l. 5. & 7. d. naut. fœnor.* quibus duabus poſterioribus LL. pacta in continenti adiecta proponuntur, ſicut *in l. 11. §. 1. de reb. cred* certiſſimo argumento, quod pactis eiuſmodi natura mutui non deſtruatur. Videamus igitur an non probabiliter diſtingui poſſit, inter ipſos contractus ſtricti iuris, mutuum & ſtipulationem: vt huic demum non etiam illi pacta adiecta proſint ad actionem. Ratio differentiæ hæc dari poteſt: quod duplex ſit cauſa, quæ facit, quominus pacta in continenti adiecta contractibus inſint: vel quod re ineantur *argum. l. 17 h. t.* & pacta vtpote conſenſu conſtantia iis incorporari & partem eorum efficere nequeunt: vel quod eorum ſtricta ſit natura, quæ ad pacta nō recipiat extenſionē. Vbi vtraq; hæc ratio & vtrumque impedimentū deeſt, facilius & frequentius pacta inſunt: velut in contractibus conſenſu conſtantibus. Vbi alterutra deeſt, inſunt quidē ſed rarius & difficilius: velut bonæ fid. in contractibus realibus, & ſtipulatione, quæ pacto inter præſentes facto propter huius cum illa affinitatē *arg. l. 7 §. 12. h. t.* poteſt informari. Vbi denique vtrumque concurrit impedimentū, velut in mutuo, ſimpliciter pacta ineſſe negabimus. Quod de mutuo probat *dict. l. 11. §. 1. dict. reb. cred.* De ſtipulatione quod ei pacta ineſſe poſſint, probāt textus, quos late ſuo more adducit & deducit *Gœdd. d. c. 8. concluſ. 2.* & præcipue *in l. 4. §. 3. h. t.* in cuius ſpecie licet pactum ad exceptionem proſit, attamen ratio à ICto adiecta, (quod conditio inſit ſtipulationi, perinde atque ſi hoc in ſtipulatione ipſa expreſſum fuiſſet) etiam pro actore concludit, & pactum ſtipulationi ineſſe poſſe oſtendit. Neque obſtat *l. 99. d. V. O.* quia ibi non excluditur, quod pacto ſtatim adiecto cautū eſt, quia hoc pro expreſſo habetur, *dict. l. 4 inſ. h. t.* ſed extenſio per officium iudicis, per quod in bonæ fidei iud. ciis etiam ea veniunt de quibus non fuit expreſſe actū *§. vlt. l. de oblig. ex conſ.* Non obſtat *l. 1. § 3. d. V. O.* quæ enim detrahunt aliquid vel addunt, vitiant obligationem, ſed contrahendam, vbi nempe reſponſioni cōgruentia ad interrogationem deeſt. Cæteroquin nemo dixerit, ſtipulationem rite conceptam & perfectam per pactum poſt adiectum vitiari. Non obſtat denique, quod adiectum perfecta ſtipulatione, alias enim pars eius eſſet, non poteſt videri adiectum incontinenti: quia reſp. ſpeciale quod ad hoc eſſe in ſtipulatione vt pro incontinenti adiecto habeatur, quod ſtatim poſt perfectam ſtipulationē priuſquam partes ad alia fuerunt digreſſæ, adiicitur: idque oſtendi & probari poteſt ex *l. lecta 40. d. reb. cred.* vbi proponitur pactum ſtipulationi incontinenti adiectū. Etſi enim verius eſt, pactum ibi tantum prodeſſe ad exceptionem, illud tamē ineſſe dicitur, & inde docemur, quomodo & qua ratione, pacta incontinenti ſtipulationi adiici dicātur. Supereſt, vt textibus & rationibus, quibus etiam mutuo pacta incōtinenti adiecta ineſſe probari poſſe videtur, reſpondeamus. Adducitur, *l. 3. d. reb. cred.* Reſp. ibi agi de eo quod ex natura ipſa mutui etiam citra vllam pactionē ineſt: ſtipulatio autē cum omnibus contractibus adiiciatur, certā & definitā naturam nō habet: & agitur ibi de qualitate, quæ fere non in mutuo, ſed tantum quantitas attenditur. 2. adducit *Gœdd. l. 10 d. reb. cred.* ex qua probari putat, mutuum iniri poſſe cum pacto depoſiti. Equidē ibi de caſu inverſo potius tractatur, depoſiti cōtracti ſub lege mutui. Sed & illo admiſſo exemplū iſtud plane impertinens eſt: quoniā illud hic pactum dicitur ineſſe, ex quo agi poteſt ad id quod pacto eſt comprehenſum: & omnino illud pactū quod informat, auget & extendit obligationē. Pone ita conuentum, (ita enim formādus erit caſus inverſa *dict. l. 10 de reb. cred.*) Do tibi mutuo centum ſub hac lege, vt ſi non vtaris ſint penes te depoſita. Vtique hinc, vt debitor ea depoſita habeat, agi non poteſt ſed ſiue vtatur,

mu-

mutuum, ſiue non vtatur depoſitum erit: & plane pactum illud obligationem ſiue actionem mutui non auget, neque aliam aut nouam ei adiicit qualitatem, verum hoc tantum efficit, vt ſit in poteſtate accipientis, mutuam an depoſitā pecuniam habere velit. 3. Gœdd adducit *l. 1 & t. 5 d eo quod certo loco.* ſi mutuo dentur centum, vt ſoluantur certo loco. Hæc vero adhuc magis eſt impertinens: ſiquidem hoc pacto reſtringitur potius actio: & vtique non iſtud efficitur, vt per actionem ad ſoluēdum quis illo loco poſſit cogi, ſed ne conueniri alibi queat: & cum pacta adiecta ſint pro creditore ſeu actore, illud & magis ad fauorem rei ſpectat: & alias adiectio omnis temporis aut loci, imo quæuis conditio, pro pacto adiecto actionem & contractum formante fuerit habenda. Denique duæ rationes remouendæ ſunt. I Quod pacta traditionibus rerum adiecta valida ſint *l. 48. h tit.* mutuum autem datione perficitur. Reſpon. *dict. l. 48* pertinere vel ad dationem aut traditionem informem, vel etiam ad irreuocabilem. Mutuum autem formatum eſt à iure, & datio eſt reuocabilis, adeoque iniquum foret debitorem reſtituere pecuniam & inſuper aliis pactis grauari. Et vero ſi ita forte mutuum quis det, vt negotia ſua curentur, vt Romam pro ſe eatur, vel vt aliquid aliud detur, nemo eiuſmodi conuentiones dixerit forte efficaces: quod alias nimis aperte leges, quæ & gratuitum volunt eſſe mutuum, & acceſſiones ex pacto peti nō poſſe ſanciunt, fraude facta eluderentur. Et verius eſt quibuſque contractibus non quævis pacta vtiliter adiici, ſed quæ naturam & præſtationes eorum quaſi contingunt. hoc enim eſt quod dicitur *in l. §. adeo. d pact.* exceptiones eas ineſſe quæ ſint ex eodem contractu: quod recte Gothof. ita explicat: quæ ſuper pretio (agitur enim ibi de emptione) vel alia re ſimili interponuntur, κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος. Altera ratio eſt, quod pacta adiecta duplicem habere poſſint reſpectum quatenus partem contractus faciunt, & quatenus iis contractus tanquam cauſa & negotium ſubſunt, cuius intuitu actio præſcriptis verbis ad id quod pacto comprehenſum eſt, licet deficiat actio contractus, concedi poſſe videatur. Reſp. poſteriorem reſpectum commenticium eſſe & eatenus ſaltem ad actionem pacta prodeſſe, quatenus contractibus ineſſe, & eorum actionem formare poſſunt: neque rationis eſt, contractus veros pactis nudis indignioribus tanquam dationes & facta ſubſterni.

Lit. C.

Actionemque eius contractus formant.] Probatur hoc ex iis, quæ ad finem lit. præced. dicta ſunt. Et quidem vbi ratio prohibet actionem contractus dari, nec præſcriptis verbis actio concedenda eſt: neque facile concurſus harum duarum actionum admittendus: facit *l. auia, 6. C. d. iur. dot.* ex qua probatur etiamſi pater dotem dando incontinenti de ea ſibi reddenda pactum fecerit, actionem tamen eum propriam ad dotem non conſequi: & apertius *l. 4. dict. l. comm. iunct. l. 16. d. in diem addiction.* Sed obſtat *l. 2. C. dict pact. int. emptor. l. 6. d. reſcind. vend.* ad quos cum reliquis textibus cōponendos aliqui ad diſſenſum Proculianorū & Sabinianorū confugiunt. Forte tamē dici poſſit, caſus propoſitos in legibus cōtrariis cōtinere conventiones plane ſingulares, & ſimul ad reſcindendum contractum tendentes: quæ ſingularitas dubium feciſſe videtur priſcis Ictis, an actione contractus experiri liceret: qui adeo ſicut in aliis caſibus dubiis, hic quoque tutius & ſecurius crediderunt facturum actorem, ſi actionem præſcriptis verbis intentaret. Atquin replicauerit aliquis etiam *in l. 4. d. l. comm. & in l. 16. de in diem addict.* non minus ſpeciales caſus proponi. Sed videndum, an non diuerſa iſtorum pactorum ratio ſit: nimirum præſcriptis verbis actio ex pacto adiecto datur, vt aut præſtetur promiſſum, aut quod intereſt. Et ergo, vbi poteſtate legis efficitur, quod in pactum deductum eſt præſcriptis verbis actio ceſſat. At vero, quod pacto commiſſorio & addictionis in diem continetur, poteſtate iuris impletur: quia ſtatim ac pecunia ſoluta non eſt aut melior allata conditio, ipſo iure ſine vllo facto hominis & ſine vlla actione diſſoluitur venditio, vti oſtendi poteſt *ex l. 1. & 5 d. l. commiſſ. l. 2. in prin. l. 4. §. 3. & l. 9. d in diem addict. l. ult. quib. §. penult. in fin. Quod vi*, & fuſius hoc probat *Fern. Vaſqu.* (qui tamen quo ad pactum commiſſorium non recte à communi opinione recedit) *contr. vſufreq. cap. 69. & Anton. Fab. decad. 21. err. 1.* & iterum, *decad. 22. err. 1.* At porro inſtabis reſolutio ipſo iure contractu non videri ſupereſſe poſſe ex contractu actionem, quæ tamen *in dict. l. 4.* proponitur. Reſpond. hanc ipſam fuiſſe rationem dubitandi, cum quidem tanquam dominio ipſo iure ad venditorem reuerſo, rei vendicationem dandam putarent, obtinuiſſe tamen potius vt actio ex contractu proponeretur, tum ratione contractus ſemel celebrati, tum ratione intermedij temporis, quo vtique contractus

ſubſti-

ſubſtitit: præſertim, cum fructus, qui etiam veniunt in repetitionem, vix viderentur jure dominii à venditore peti poſſe. Nihil plane ad rem facit *l. Labeo 50. d. contrah. empt.* quod ibi non tam pactum adiectum emptioni, quam ſub cõditione contracta videtur emptio. Dedit autem ibi Labeo præſcriptis verbis actionem, ad id, vt opinor, vt emptor conditioni ſatisfaceret, & impleret contractum, vel intereſſe præſtaret: Vlpianus autem ex vendito agi poſſe putat, tanquam purificata venditione, cum per emptorem ſteterit, quominus conditio exiſteret.

Niſi ſint odioſa.] Exceptio hæc nullius momenti eſſe videtur, neque eam aut textu aut ſolida ratione probari poſſe exiſtimo. Et ſcilicet non à fauore vel odio, ſed ex eo, quod pacta vel inſunt vel non quæſtionis huius deciſio petenda eſt: & vbi pactum contractui ineſt, eiuſque partem facit, fieri non poteſt, quin ex ratione iuris actio contractus naſcatur. Neque vero vllum in eo fingi vel collocari poteſt odium, quod præſcriptis verbis actio, non contractus detur, cum vtriuſque idem futurus ſit effectus. Neque ex hoc ratio conciliandi textus à Treut. propoſitos deſumi poteſt: quippe quod Papinian. *in l. 7. d. ſeru. export* propter odium pactionis, non actionem contractus tantum, ſed ſimpliciter actionem neget: quod mutat *in l. 6. eod.* in qua ſpecie ſi actionem contractus negari putat Tr. perſpicue errat: nec minus ſi *in l. 11. d. relig.* ex pacto actionem præſcriptis verbis dari exiſtimat. Sed illud præcipue hic difficile, cur in ſpecie *p. l. 11.* pactũ non ſufficiat etiam incontinenti adiectum, cum tamen ſtipulatio ſuper ea re vtiliter interponatur. Nihil occurrit aliud niſi quod ex ſtipulatione agitur, etiam nihil interſit, ſed pacta adiecta actionem non formant, niſi interſit paciſcentis: & forte pacta quæ non tam ſecundum quam contra naturam contractus ſunt, quale eſt ratione rei venditæ, de qua agitur *in d. l. 11.* non facile ad formandam actionem inſunt: cui addi poteſt explicatio relata ab *Accurſio in dict. l. 11.* quod textus accipiendus ſit de ſtipulatione pœnali: *adde etiam Gœdd. ad l. 90. d. V. S.*

LIT. D.

Si contra ſubſtantiam.] Quæ hic & lit. ſeqq. vſque ad fin. th. traduntur, parum accurata ſunt: quippe indiſtincte & tanquam generalia proponuntur, quæ ſunt ſpecialia. Etenim diſtinctione hic opus, tum inter naturalia & ſubſtantialia cõtractus, tum inter pacta quæ aut ſecundum naturam ſubſtantiamue ſunt cõtractus aut non ſunt: tum vel præcipue inter ipſos contractus, an ſint ſtricti iuris an bonæ fidei: an re an conſenſu perficiantur: pro quorum omnium & ſingulorum diuerſitate, diuerſi etiam effectus ſequuntur, vt & mox apparebit.

Ea ad exceptionem doli.] Ait ſi contra ſubſtantiam contractus apponantur pacta iniuſta ea tantum prodeſſe ad exceptionem doli. Vbi obſcurum eſt; quid intelligat per pacta iniuſta. Nimirum ſunt aut ea iure legitima, & illa contraria, & nec ad exceptionem doli proſunt: aut ratione contractus iniuſta, (& tamen hoc ſenſu pacta iniuſta in vſu iuris non dicuntur) quatenus eſſentiam eius offendunt: & hic quoque verum non eſt, quod tantum proſint ad exceptionem quia etiam alterant & transformant contractus *l. 24. depoſi. l. 6. §. 1. d. action. empti. l. 80. §. vlt. d. contrah. empt.* & in vtrumque caſum nihil facit aut probat alleg. *l. 24. d. O. & A.* Sed amplius nulla eſt hoc ſenſu membrorum oppoſitio: quia etiam pacta quæ iuſta appellat, ſiquidem, vt ipſe ait, alium contractum faciunt, contra naturam contractus eſſe oportet. Nimirum in hoc lapſus videtur Tr. quod vt genere proponit, quod ſpeciale & ſingulare eſt, quod fortaſſis reſpexit *ad l. 11. §. 1. de reb. cred.* vbi pactum ad exceptionem prodeſt, non ad actionem. Et tamen vbi quæritur, an ex pacto naſcatur actio, termini habiles ponendi ſunt, vbi pro actore aliquid conuentum eſt in quibus terminis pactum, de quo *in d. l. 11. §. 1.* fruſtraneum & inutile eſt.

LIT. E.

Si iuſta ita, alius erit contractus.] Et hoc quoque non generali, ſed ſpeciale eſt, quia aliquando eiuſmodi pactũ inutile eſt *l. 12. d. precario* aliquando contractũ ſaltẽ alterat & quaſi efficit irregularem *l. 24. & 26. depoſiti.* quod exemplum adeo male Treutler. huc accomodat. Cæterum de explicatione illarum ll. agitur infra diſp. 26.

Quod ex iure non appellatione.] colligere licet ex allegato Tiraquell. alienam hic immiſceri quæſtionem: an videlicet aliquid faciat mens, voluntas & nominatio contrahentium, vt hic vel ille contractus initus cenſeatur: quod ipſe quidem hic male ſimpliciter negat, contrarius ſibi infra diſp. 30. theſ. 5. hãc quæſtionẽ reiiciamus.

LIT. F.

Ex interuallo ita demum.] Idem hic lapſus, qui iam bis notatus. Quod enim hic proponitur, tãtum in contractibus conſenſu conſtantibus locum habet. Et tamen proprie loquendo pacta eiuſmodi non tã cõtractum formant, aut pacto-

rum ex interuallo adiectorum, ſed renouantiũ habent rationem: Et omnino vt loquuntur ICti huiuſmodi pactis circa ſubſtantialia interpoſitis prior contractus renouatus, imo nouus conſtitui videtur *l. 7 §. adeo 6. l. 27. §. 2. verſ. idem dicemus h. t. l. 72. in pr. d. contrah. empt.* Neq; obſtat quod *in d. l. 72. in prin.* pacta etiam circa adminicula poſt adiecta, dicuntur contineri contractu: quia hoc ibi non ſignificat formare actionem, ſed hoc ſaltem: ad exceptionem prodeſſe, & ineſſe ex parte rei: quod tamen in pactis tantum obtinere detrahentibus, non etiam adiicientibus, ibid. oſtendit Papin. Illa ſint, quæ leniorem faciunt naturalem cõtractus præſtationẽ, hæc quæ augent, vti rectiſſime Hottomann. Vtriuſque enim & detrahentis & adiicientis pacti exempla ibid. quamuis connexim proponuntur. Ne cautio præſteturs vt cum fideiuſſore præſtetur licet male diſsẽtiat *Cuiacius 14. obſeru. 28.* etiam in hoc lapſu, quod verba, agente venditore, accipit, de defendente & excipiente. Sententia enim ICti hæc eſt. Quantumuis pactum, quod adiiciens dicitur, circa adminicula ex interuallo factum non contineatur contractu, nec directo vtile ſit, fieri tamen poſſe, vt oblique ad exceptionem proficiat agente venditore. Pone, conuentum eſſe poſtea, vt cum fideiuſſore cautio præſtaretur: inutile videbitur pactum, cum actionem formare nequeat. Vtile tamen fiet ex accidenti, ſi venditor ad pretium nondum ſolutum agat: ſiquidem æquum eſt, emptorem ad ſolutionem non prius vrgeri, quã ſecundum pactum conuentum venditor ſatisdederit de euictione. Porro, vt hoc addamus, circa hanc tractationem ita diſtinguendum videtur: quod pacta adiiciantur vel vtiliter, vel inutiliter. Priori caſu vel transformant, vel inſunt Ineſſe dicuntur, quæ partem contractus faciunt, & actionem contractus formant, vel ob affinitatem pacti cum contractu vel ob extenſionem per officium iudicis. Transformare, verbo generaliter ſumpto: dicuntur tripliciter I. Ab initio quaſi inducendo alium contractum, cum videlicet repugnant ſubſtantialibus, cuius exempla *in l. 6 §. 1. d. act. empt. l. 6. d. præſcript. verb.* II. transmutando in alium contractum vicinum, cuius exempla *in l. 80. § vlt. de contr. empt. § vlt. I. mandati* contra quod obiicitur *l. 12. d. precar.* vbi pactum de non reuocando intra certum tempus inutile eſſe traditur, cum tamen adeſſet contractus vicinus commodati in quem transformari poterat. Et Accurſij quidem conciliationes frivolæ ſunt. *Forcat. dial. 3.* contortã & à mente ICti alienam illi loco adfingit ſententiam. *Ant. Fab. d. 7. §. quin imo h. n. lit. D.* ait quod propter verbum, *precario*, pacto inſertum, conuentio illa nõ poſſit valere, quoniam implicet contradictionem, precarium non poſſe pro libitu reuocari. Verum ita nimis frigide captantur verba & non facta mentione precarij, commodatum eſſet citra transformationem & rationis eſt, vt potentius operetur pactum quam nudum nomen: neque non poteſt fieri mentio contractus, vbi de eo per pactum transformando agitur ſi quidem hic de pactis in continenti adiectis tractamus. Nihil aliud occurrit niſi hoc, pacta contra ſubſtantiã contractus adiecta, nõ ſemper transmutare, ſed tum demum vbi alterius intereſſe verſatur, citra cuius iniuriam aliter ſtatui nõ poſſit, vt in caſu *l. 6. de præſcripit. verb.* cũ ſimilibus. vel etiã ſpeciale eſſe in precario, propter vagã eius & incertam naturam. Etenim vt maxime locũ illũ accipias de pacto adiecto ex interuallo, hoc tamẽ ad exceptionem prodeſt, quæ ibidem negatur III. transformant pacta alterando contractum quod fit cum non adeſt contractus affinis, & tamen æquitatis ratio pactum ſeruandũ ſuadet: quo caſu cõtractus fit irregularis *vt in l. 24. & 26. depoſit. & l. 31 locati.* His conſequenter inutiliter adiiciuntur pacta, cum contractus ineſt qui nec ea in ſe recipiat, nec vicinum in quem translatio fiat, habet, neque deficiente officio iudicis extenſioni locus eſt.

THESIS VLTIMA.

Lit. A.

Non ipſo iure ſed ope exceptionis.] Non recte hoc indiſtincte affirmatur, ſiquidem ipſe *thes. 9.* tanquam pro regula tradidit, pactis obligationem naturalem ipſo iure tolli. Et ergo qui nudo pacto quid promiſit, pacto in contrarium facto, ipſo iure liberabitur. Sed reſpexit Tr. ad pugnã quæ eſt inter *l. 65 §. 4. d. ſolution & l. 27 § 2 h. t.* quam ſupra tolli poſſe diximus diſtinctione inter obligationem naturalem ſolam, & cum ciuili coniunctam. Eſt & alia componendi ratio, quod cum non obſtante pacto de non petendo, obligatio & actio ipſo iure ſubſiſtat, fieri non poteſt, vt ius excipiendi pacto quæſitum, poſteriori pacto ita tollatur, vt apud prætorẽ, vbi de conſtituendo iudicio tractatur, proponi & allegari nõ poſſit: idque eſt quod *in d. l. 27. §. 2 h. tit.* pacta facti eſſe dicuntur. Accurſij conciliatio an de obligando an liberando agatur, improbabilis eſt: vide alias componendi rationes apud [illegible]

[illegible]

iatium in d.§.2.Zaſ.ibid.&1.ſing. reſp. 5.Bellon.2. ſupp.1.Hottom.in tract.d.pact.inſ. Alciat.2. parad. vlt.Coraſ.2 miſc.19 Goueā.2.variar.lect.c.29.inſ.

Lit. B.

Siue emptor ſiue ſit venditor.]Reſpicit hic ad interpretationē *l 34 in prin.de contrah.empta* quæ creditur obſtare vulgatæ regulæ iuris, qua traditur, interpretationem pacti obſcuri fieri contra proferentem. Ideoque Cuiacius pro *venditor, in d l.34* vult ſubſtitui, *emptor*: à quo diſcedit Tr ſequutus Hott.& Forn.qui legē ibi ab emptore dictam putant, quod longe ante eos *ad d.l.* 34.notauit Accurſ. Verū quia & hoc diuinatorium eſt, videamus, an regula paulo ante propoſita caſui *d l.34*.recte accommodetur. Æquitas plane ſuadet, vt in ſpecie *d l.34*.vēditori electio detur: quia cum ſeruus partem faciat rei venditæ, venditoris autem ſi iudicare pretium rei vēditæ, etiam eius erit dicere quam rem venditam velit, ne alias ipſi per emptoris electionem iniqua conditio inferatur: facit quod *in l. 90.d. contrah empt.*ead.ratione dicitur, ſi conuentum ſit, ſexaginta dolia ex centū acceſſura, venditoris eſſe dare quæ velit Et igitur regula ſuperior *ex l.32.h.t.l.d.contrah empt.*patietur limitationē, ſi ratio & æquitas diuerſum ſuadeant: aut ad alia non ſubſtantialia contractus, aut potius ad ambiguam orationem & propoſitionem erit referenda: quale exemplum habemus *in l.33 d contrah.empt.l.13.qui potior.in pign.*& non in elegans *in l.17.§ pend ſeru.vrb præd.* Si enim venditor dixerit, ſtillicidia vti ſunt, ita ſint, hanc propoſitionem ambiguam cōtra ipſum interpretamur, vt intelligatur, ædes vicinas, debere ſeruitutē ædibus venditis, non autem (quod longe commodius eſſet venditori) venditas debere vicinis: in quam ſententiam fere eum locum explicat Duaren.ibidem

Si pactum vſurarum.[Attingit hic explicationem loci difficilis *in l.lecta.40.d.reb.cred.* Equidē Leſcutius, quem citat & ſequitur ad manū non eſt-ſed, vt habent verba Treut.explicatio iſta & obſcura ſatis eſt, nec caret ſcrupulo. Ait, *pactum vſurarum de trecenis menſtruis.* Obſcure hoc dicitur: quia trecena illa menſtrua *in d.l.40.* ſortis ſunt Ait, *ad 150 &c* Quæ ſcil. ſumma pro 15000. in ſingulos menſes cōficitur Ait *ſtipulationis pœnalis* &c. Ita loquitur tāquam præter ſtipulationem vſurarum interpoſita ibi fuiſſet ſtipulatio pœnalis, quod contra ſe habet. Etenim illam ipſam quantitatem, quæ pœnæ nomine promiſſa dicitur, appellatione vſurarum comprehendit ICtus, quoniam ea quantitas pœnæ, exacte cōficit quantitatem vſurarum legitimarum XII. in ſingulos annos: vel x. menſtruos in ſingula millia Hoc enim ſignificat ICtus, dum propoſita Epiſtolæ verba ſubiici. *Quæſitum eſt de obligatione vſurarum &c.* id eſt, quæ in ſtipulationem fuerant pœnalem deductæ: quæſitum videlicet de modo eas ſoluendi: quoniam in pacto conuento tantū ſortis & ſummæ principalis, diuerſis penſionibus ſoluendæ nulla pœnæ ſiue vſurarum facta fuerat mentio Quod ſcil. mouerat eum quē ibid notat Paulus, vt exiſtimaret pactum conuentum ad ſortem pertinere: hoc nimirum effectu, vt ob moram factam integra pœna peti poſſet. Sed recte hanc opinionē improbat Paulus, & exiſtimat, cum vſuræ propter ſortem eiuſque vſum ſoluantur, nō poſſe ad integras vſuras vel non ſtatim teneri qui non vel nondum debet integram ſortem. Et igitur pacto quo diuerſa eſt ſolutio ſortis, vſurarum quoque ſolutionem & præſtationem diuiſam eſſe ſtatuit. ita vt proportione trecenorum & menſtruorum etiam vſuræ ſint præſtādæ Hæc interim breuiter & obiter, vt in mentem ex tempore venerunt ad eum locum annotare viſum fuit: cætera accuratiori meditationi reſeruamus Secundum quæ ita dicendum: quod pactum de trecenis menſtruis ex ſorte refundendis trahatur etiam ad vſuras ſtipulatione pœnali promiſſas, licet earum in pacto nulla expreſſa fuerit mentio facta.

DISPUTATIO VII.
DE TRANSACTIONIBVS.

Reſpondente

Ioanne Engelberto Thillio Hanovienſi.

THESIS I.

Lit. A.

D*ONATIO & tranſactio cauſa pactorum.*] Aut obſcure hoc dicitur, aut improprie: cum potius contrario modo ſeſe res habeat, & pactum tranſactionis cauſa ſiue modus trāſigendi ſit, ſiquidem vt docet *l.2.h.t.* tranſactio fit pacto vel ſtipulatione: niſi forte Cuiac. per cauſam intellexit obiectū.

Generatim tranſactio omne id.] Hoc neque probatur *ex leg. 2. de iureiurando* cuius hic ſen-

ſus eſt, expreſſus etiam *ab Harmenop. lib. 1. titu. 7. nu* 33. iuramentum eſſe ſimile tranſactioni & eiuſdem effectus: neque *ex leg. 1. §. quemadm. teſtamen. aper.* inepte enim diceretur *ſine iudice iudicari*: & fortaſſis eo reſpexit ICtus, quod non niſi inſpectis teſtamenti verbis tranſigi poteſt *l. 6. h. tit.* apertura autem tabularum apud magiſtratum fieri ſolet. Plane non valde pugnauerim, ea, quæ iuramento ſententia, vel alias deciſa & cõpoſita ſunt tranſacta dici poſſe: & hinc, ſi modo a verbo ad verbale recte concluditur generalem tranſactionis ſignificationem, etiam probari poſſe ex *l 22. 9. d. V. S.* cum ipſe Foteat, à Treut. alleg. ibi verba *tranſacta finita*, coniunctim accipi velit, & ſi cum Gœdd. *in l. 230. eod. tit.* ea diſiunctim ſumas; fruſtraneum fuerit verbum, *tranſacta*, & quoad verbum *finiti* quod generaliſſimũ, nulla ratio dubitandi: quæ alias hæc eſt, quod tranſactio de controuerſiis conuentione partium deciſis accipi ſoleat, quam quaſi remouens ICtus ſignificare videtur, in clauſula iſta, decret. s edictis vel SCtis adiecta, vt *in l. 1. §. vltim. ad Tertull* verbũ illud latius & generalius vſurpari. Cæterum apud allegatos *Bart. ad Iaſon. ad rubr.* C. hic nihil tale, *& Sichard.* hoc tantũ, quod tranſactio generis & ſpeciei nomen ſit: vt *d l. 229. d V. S.* nullum verbum. Sed ſcil. Tr more ſuo Gœd. hos ita allegantis fidem ſequutus eſt.

LIT. D.

Pactio.] Genus hoc tranſactionis non probamus, ſiue pactio ſumatur in genere, & ita fuerit etiam genus remotius, ſiue in ſpecie. I. Quia omne genus perpetuo & ſemper ineſt ſuæ ſpeciei: atqui ipſe Treut. tranſactionem non ſemper pactum, ſed aliquando contractum eſſe tradit. Et hinc II. Quia ita ſequeretur diuerſas & oppoſitas ſpecies de eadem re prædicari: quomodo quidem Tr. aliquando tranſactionem in placiti finibus conſiſtere, aliquando in contractum innominatum tranſire, aliquando ſtatim ſtipulationem eſſe plane inſubtiliter tradit, poſt *Borcholt hic c 1. num* 11 III. Quia ſequeretur ex accidenti naturam rei mutari. IV. Quia cauſa non poteſt eſſe genus ſui effectus, tranſactio autem fit pacto vel contractu *l. 2. h. t.* Et ergo quærendum eſt genus, quod perpetuo tranſactioni ineſt quod ſcil recte proponitur *à VVeſemb. in parat hic n.* 2. vbi definit tranſactionem, quod ſit rei dubiæ & litis incertæ conuenta deciſio, vt videlicet per verbum, *conuenta*, diſtinguatur à deciſione iudiciali, quæ fit per ſententiã. Et ita ſane eſt, vt tranſactio ſit ipſa rei cõtrouerſæ deciſio: modi autem tranſigendi pactum & contractus, & hic ſiue nominatus, ſiue innominatus. Definitionem Tr. communiter a Dd. probari, teſtatur *Delrio ad l. 18. C h. t. n* 4.

LIT. E.

Attingit hic interpretationem *l. 1. h. t* quam ita interpungit, vt vno contextu legatur, *qui paciſcitur donationis cauſa.* Eam vero non dubito alienam eſſe à mente ICti, qui non ſpeciem aliquam pacti, ſed pactum ſimpliciter ſumptum tranſactioni opponere voluit, & tranſactionem à pacto ita diſtinguere, quod illa ſuper ſe dubia, hoc re certa interponatur. Et videtur ibi ICtus præcipue ad pactum remiſſorum reſpexiſſe: quod licet alicuius rei cauſa non raro interponatur, vt *in l. 41 dict. dact.* tamen quatenus ipſa remiſſio rei conſideratur, gratuitum quid habere videtur: tranſactio autem natura ſua contrario modo ſe habet. Et ita vt vulgo legitur, contra mentem Treut. *d. l.* accepit Græcus Interpres *in Eclog. Baſilio.* περὶ διαλύσεων, vbi in pr. ita reddit *d. l. 1.* ὁ συμφωνῶν, κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον φιλοτίμως συγχωρεῖ; neque enim verba, κατὰ δωρεὰν, ad præcedens, συμφωνῶν, referri poſſunt.

LIT. F.

Cum nudum pactum ſit de dando.] Rarior hæc tranſigendi ratio eſt, & vel ideo male tranſactio pactum definitur; imo fortaſſis, vbi res ſubſiſtit in finibus conuentionis, de dando vel faciendo, nulla adhuc plane tranſactio eſt, ſed de tranſigendo tractatio: quia nulla adhuc rei cõtrouerſæ deciſio, in qua eſſentia tranſactionis conſiſtit: idque probatur textu non obſcuro *in l tranſactio* 48. *Cod. h t.* vbi hoc notant Dd. & nominatim Jaſon inſtrumẽtum tranſactionis valere negat, in quo aliquid datum vel retentum eſſe, nõ fuerit adſcriptum. Neque obſtat *l. 2. h. t.* quoniã oppoſitio Aquil. ſtipulationis facit, vt quod de pacto dicitur, recte de contractu innominato explicetur: quamuis etiam videri poſſit principium tranſactionis pro ipſa poſitum tranſactione; etenim proprie loquendo etiam non ſtipulatione ſed eam ſequuta acceptilatione, tranſactio perficitur.

LIT. G.

Quæ hic de genere tranſactionis proponuntur iam ſub lit. D. confutata ſunt: & quibus etiam eorum ſententia refellitur, qui ſimpliciter definiunt contractum nominatum.

Lit.

Lit. H.

Nec mutanda lectio.] Lapſus hic eſt memoriæ: quoniam *Petrus Fab* 1. *ſemeſt* 14. nihil *in l.2. h. tit.* Sed in *l.2. ſi quis cautionibus,* &c. emendat.

Diſtrahendo negotio dubio.] Verbum hoc poſterius ſuperfluum eſt: quia etiam de re liquida acceptilatio fieri poteſt, neque minus hoc caſu acceptilatio contractus erit.

THESIS II.

Lit. A.

Nudo pacto vel per ſtipulationem] Equidem iam diximus nudo pacto non tranſigi & utique tamen inſufficiens eſt enumeratio cum frequenter tranſactio ità fiat, ut ab alterutra parte aliquid detur vel fiat & ita per contractum innominatum.

Lit. B.

Ab omnibus qui paciſci poſſunt] Regula hæc admittenda non videtur: quia tranſactio implicitam ſemper habet & adiunctam remiſſionem & dationem: adeoque alienationi cuidam ſimilior eſt. Et vero Paulus IC. loc. cit hanc regulam proponit: quod qui tranſigere poſſunt, etiam recte paciſcantur: quod veriſſimum eſt.

Etiam mutus, ſurdus, ſed per nudum pactum.] Equidem pactum opponere voluiſſe videtur ſtipulationi, quam nō contrahit ſurdus & mutus: eoque, quod alias extra omnem controverſiam eſt, pertinent, *Dd. allegati in l.1. de V.* O. Verum non tantum nudum pactum, (per quod tamen non tranſigi iam ſpecie dictum) ſed etiam contractus innominatus vel maxime hac in materia, ſtipulationi opponendus eſt & per hunc recte etiam ſurdus & mutus tranſigere poſſunt.

Pupillus ſine tutoris auctoritate] Hoc non ſatis accurate aut proprie: quia tranſactio revera nulla eſt, quæ tantum in favorem pupilli, quatenus ipſi conducit, favorabiliter ſuſtinetur, ſicut etiam ipſo iure nulla ſententia ſuſtinetur favore ætatis *l. 14. C. de procurator.*

Minor ſine autoritate Tutoris.] Ita hæc proponit tanquam eadem hic ſit ratio pupilli & minoris: quod tamen falſum eſt ex ipſius ſententia, qui minorem, civiliter quoque putat obligari, de quo actum diſput. præced. Et tamen admiſſa quoque Cuiacij ſententia, nolim ſimpliciter affirmare quod minor recte tranſigat: quia licet minor promittendo obligari poſſit, non tamen remittere litem nec diſcedere à lite, nec ut diſcedatur, aliquid dare poterit: quia hæc non nudam obligationem, ſed alienationem, & adminiſtrandi ius concernunt.

Etiamſi iurata fuerit tranſactio.) Quæſtio hæc altioris eſt indaginis & quam difficilem faciūt *l.1 cum authen. ſeq. C. ſi advers. vend.* eiuſque tractandæ ſedes eſt *diſp.11 th. 9.* Eſt autem quæſtio duplex: an iuramentum tollat beneficium reſtitutionis: an etiam alia remedia iure communi maioribus conceſſa, in illa olim diſcrepantes fuerunt opiniones Martini & Bulgari, quorum alter Dd. conſtitutiones de contractibus ipſo iure validis, alter etiam de invalidis accipiebat, id eſt à minore ſine curatore celebratis: quia ex communiſſima veterum opinione hi contractus habentur pro nullis: à qua opinione cum & hic & diſp. præc. diverſus Tr. contractū eiuſmodi ipſo iure valere contendat, difficulter vim dd. conſt. reſtitutionis beneficium poterit excludentium evitare, eademque de cauſa male adducit *l 5. C. d ll.* Licet etiamſi Martini ſequaris ſententiam, parata tamen ſit reſponſio *ad d. l. 5.* quod ibi agatur de contractu nullo vel per qualitatem obiecti, vel per defectum qualitatis intrinſecæ, ut notant *Salicet.* & *alij in auth. ſacramenta, C. qui adv. vend.* De altera quæſtione videlicet an per iuramentum minor excludatur à remedio *l.2. C. de reſc. vend.* tractāt *Cyn. ibi n. 6.* & *Salic. n. 6. 15.* qui negantem ſententiam hoc argumento defendit, quod minor tātum iuraſſe videatur ſuper remedio, quod ipſi beneficio ætatis indultū eſt: ut appareat. Treutlerum qui neque inter læſionem ſimplicem & enormem, neque inter remedia maioribus & minoribus competētia diſtinguit, male *Cynum, Salicet. Bald.* tanquam aſſertores ſuæ ſententiæ advocare ſed ille ſcilicet eos allegavit ex *Gail. 2. obſerv* 41 apud quem an neceſſaria ſit certior ratio nec ne, diſputatur. Sed pluribus de his agemus infra *d. diſp. 11.*

Super iniuriis vel morte patris.] Hoc non videtur congruum tranſactionis obiectum, niſi poſt litem conteſtatam actionem in filium trāſiiſſe, aut de novo poſt patris mortem actionem filio quæſitam proponas, *ut in l. 27. de iniur* Cæterum reſtitutio reſpicit læſionem in re pecuniaria, quæ hic principaliter nulla. Et quoad pacem faciendam reſpicere Dd. videntur, ne alter alterum offendat, & ad mores Italorum, qui acerrime hæc vindicare & perſequi ſolent.

Lit. C.

Etiam procurator omnium bonorum.] Pro hac ſententia facit *leg. 17. de iure iurand.* & *magis l. 12. de pactis* quibus locis hunc procuratorem & iuramentum deferre, & de non petendo paciſci

poſſe probatur. Sed in contrarium mouet, tum ratio quod ius hoc tranſigendi excedere videtur poteſtatem procuratoris: tum textus *in l. 60. de procurat.* ad quem emendatio Cuiacij ſapere non poteſt, cum regulariter omnis tranſactio decidendi cauſa fiat: neque *l. 46 §. vlt. de administ. tutor*, ſatis idoneum huic emendationi fundamentum præbere poteſt. Adhæc expedienda Dd. vulgo diſtinguunt inter mandatum generale cum libera & ſiue libera: quæ an probanda ſit nec ne, videbimus infra *disp. 2. th. 5* eam non probari Tr apparet ex allegatis *Duaren. & Donell.* qui locis citatis vulgatam iſtam diſtinctionem improbant. Ea autem non admiſſa, nihil aliud habeo quod dicam, niſi hoc mandato generali quædam contineri recta & ſimpliciter, quædam vero quaſi in ſubſidium & in caſu neceſſitatis, vti tranſigere, ius iurandum deferre, &c. Nimirum plus iuris habet tutor: quã quicunque tandem procurator: & tamen facultas iuramẽti deferẽdi *l. 17. §. 2. de iureiur.* reſtringitur ad caſum, quo omnes aliæ deficiunt probationes *l. 35. eod.* Inverſo modo, quod procuratori ius tranſigendi negatur, limitabimus, niſi ob rei incertitudinem ipſa domini vtilitas hoc expoſcere videatur, & ita ius tranſigendi tutoribus conſenſum *l. 54 §. ult. & l. 56. §. de furtu*, limitatur *in l. 46. vlt. d. administr. tut.* Ad eundem modum non donationis cauſa, ſed vtiliter, ut quid aliud accipiat, paciſcendi ius procuratori concedemus *arg. l. 2. 8. §. 1. de pact.* vbi ius paciſcẽdi de non petendo agatur curatori, qui plus iuris habet quam procurator, & *ibid. in §. 2. in fin.* pactum mere remiſſoriũ, ab alio diſtinguitur. Etenim nulla eſt, quam *Ant. Fab. in l. 15. de pact.* reddit, differentiæ ratio, quod procurator mãdatum gerendi à domino habet: quoniam non de mandato ſed quam late ex ſententia mandãtis illud extẽdatur, quæritur: & ex diverſo plus tutores habent, quibus pleniſſima adminiſtratio à lege & magiſtratu conceſſa eſt, adeo vt etiam in iure noſtro paſſim pro dominis haberi dicantur: & differentiam iſtam ipſæ leges averſantur. quę tutoribus tranſigendi & iuſiurandũ deferendi poteſtatem faciunt.

Procurator Cæſaris ita demum.] Simpliciter hoc negant *Bl. & Caſtren. in l. 13. h. t.* ſed ut Tr. diſtinguit *Glo. ibid.* & poſt eam *Br. & Iaſ.* qui eam Glo. communiter probari teſtatur. Addit autem Br. nec rem cõtrouerſam ab illo poſſeſſam per trãſactionem remitti, ſed tamen aliquid dari poſſe aliud: idque & Iaſ. probat, & ſequitur *Tiraq. de retr. gent. §. 1. Glo. 14. n. 67.* Atqui etiam ita alienat tranſigẽdi cauſa, quod ei permiſſum nõ eſt. Et quantum intereſt, an retineat rem controverſam, & aliquid det aliud: an remittat rẽ ab alio poſſeſſam, & aliquid pro ea accipiat. Ideoq; ego cum Caſtr. inhærebo textui generali *in l. 13. h. tit.* & inconſulto principe procuratorem Cæſaris non poſſe ullo modo tranſigere ſtatuã. Plane ſi tranſigẽdo vtiliter rem principis geſſerit, eam tranſactionem a principe acceptari & ratã haberi poſſe facile admittã. Verũ hoc modo & pupillus & minor trãſigere poſſunt: & illi demũ trãſigere poſſe dicẽdi ſũt, qui ita poſſũt, vt parti adverſæ actio, aut cõuento quæratur exceptio.

Prælatus in præiudicium.] Ergo idem hic quod in procuratore Cæſaris, quia in huius quoque præiudicium tranſigi ab illo non poteſt: & recte hoc coniungit *Bartol. in l. 13. h. t.* male autem ſeparat Treut.

LIT. D.

Syndicus ciuitatis Apud *Salicet. & Bart. in l. 14. C. h. t.* & *in l. 14.* ſiue ut eum allegat *VVeſemb. in l. 12. de nouat.* nihil plane hac de re. Sed eſt ſedes quæſtionis *in l. præſes 11. C. h. t. ex qua & D. ibid.* ſententia noſtra probatur. Videri poſſit de hoc ſtatuendum ex forma mandati, quod ſi quidem habeant generale, quale eos à lege habere ſolere tradit *Gail. 2. obſeru. 72.* idem de ijs quod de procuratore generale ſit ſtatuendum: ita vt niſi ſuper rẽ plane dubia, & vbi aliæ deficiunt probationes, tranſigere non poſſint. Illud enim cõtorte, ambigue & incerto dicitur, quod Syndicus tranſigẽs non poſſit remittere ambitioſe rẽ liquidam: aut certe ita dicitur, vt ad quæſtionẽ propoſitam faciat parum, ſiquidẽ remiſſio iuris liquidi, a tranſactione omnino eſt aliena & remota: eſtque illud poſitum extra omnem aleam dubitationis: & ita remittens Syndicus tranſigere dici non poteſt. Fruſtra autem allegatur à Tr. tanquam contraria ſibi *l. 5. C. de vſur.* & ad eam peius reſpondetur, quod ibi ſit res dubia: vel quia vbi de trãſactione quæritur neceſſario res dubia præſupponenda eſt: vel potius, quia ad quæſtionem hanc iſta lex omnino nõ pertinet. * Proponitur enim ibi quod tacita acceptio ex ſolutione longi temporis minorum uſurarũ, debitori quæratur, etiam cõtra civitatem quæ hic utitur iure privatorum: ſi videlicet, nõ Sindici, ſed defenſores atque ita magiſtratus civitatum minores (ipſa enim civitas non poteſt) longo tempore acceperit vſuras. Verum hoc alterius quæſtionis eſt an ciuitas læſa hoc nomi-

ne re-

ne reſtitutionem in integrum petere poſſit, de quo agitur infra *diſp.11.th. 8. lit. H.*

LIT. E.

Tutor vel curatôr transfigẽs]Veriſſime ait *Gail. 2.obſeru.72. n. 9. inf* valere tranſactionem tutorum, vbi de iuſtitia pupillorum dubitatur plurimum: id eſt, vbi dubius & incertus litis exitus aliquid accipere vel remittere ſuadet potius quam de toto venire in periculum Treutlerus autem rem obſcuram magis reddit, dicens tutorem tranſigentem non poſſe donare vel alienare Equidem donatio a tranſactione plane aliena eſt: circa alienationem diſtinguendũ eſt an rem cõtrouerſam poſſideat pupillus, an aduerſarius: hoc caſu decreto opus non eſſe puto, ſed illo demum: & eo tamen quodq; recte trãſiget tutor, ſed decretum, vbi de actuali tranſactione agitur, interponi curabit. Poteſt etiam citra alienationem talem, tranſactio à tutore fieri v. c. remittendo actionem dubiam, & aliquid pro ea accipiendo licet Dd. cõmunius etiã, vbi de actione pro re immobili quæritur, decretum iudicis requirere videantur *Bl. & Caſtren. in l. præſes 12. C. h. t.*

Itaque in re dubia minor.] Frigida videtur hæc illatio, cum quod ſequitur à quæſtione præcedenti ſit omnino diverſum. Amplius nulla etiã videtur ratio dubitandi, ſiquidem rem dubiã, & minorem cum curatore tranſigentem, & inſuper de ſimplici pace faciẽda Treut. proponit: cum præſertim verius ſit, nec in illis tranſactionum ſpeciebus, quibus de remiſſione iuri, alicuius agitur, opus eſſe iudicis decreto, niſi vbi de alienanda aliqua minoris re tractatur. Et adeo puratim defendi poſſe, etiam ſine curatore recte minorem pacem facere poſſe, cum ex ſententia Tr. etiam ſine curatore ciuiliter obligetur. Cæterum pacem proprie faciunt reges & principes, vbi inepte de decreto iudicis quæritur: ſed ſcilicet, vt paulò ante notatum, ad mores Italos quæſtio hæc formata eſt.

THESIS III.

LIT. A.

Negat hic patri ius tranſigendi circa bona filij etiam in poteſtate. Atqui in abſurdum videtur plus iuris eſſe tutori cui iure tranſigendi poteſtas conceſſa eſt, quam patri qui & legitimus adminiſtrator vſu fructuarius eſt, & ad quem mortuo ſine liberis filio proprietas aut integra aut pro parte eſt præuentura. Non obſtat, quod qui plus præſtat cautionis plus iuris habere debeat, quia hoc procedit in eodem genere perſonarum, & vbi nihil eſt quod in altera perſona exæquat vel etiam ſuperat ſatiſdationẽ, cuiuſmodi eſt ius poteſtatis patriæ, & reuerentia a filio patri debita: quæ eũ ſuaſerint remitti ſatiſdatione nõ debet ipſius ius circa adminiſtrationem minui. Et ſuavis ratio eſt, quam ex Cuiacio affert Tr. ne fructuarius poſſit lædere aut interuertere proprietatem: quia ita tutori, procuratori priuati aut Cæſaris Syndico, prælato, etiam, & multo magis omne ius tranſigẽdi negaueris. Verũ ſicut hi in re dubia & incerta bona fide recte tranſigũt, ita & multo magis poſſe dicemus patrem. Sed obſtare creditur, quem etiam adducit Tr. *l fin §.. C. de bon qualib* vbi etiam in mouenda à patre actione conſenſus filij requiritur. Reſp. reuera ineptam eſſe hãc obiectionem: quia vt quæſtioni noſtræ locus eſſe poſſit termini habiles ponendi ſunt, videlicet, filij in ætate prima conſtituti; quorum fruſtra requiratur conſenſus, quorum etiam in eod. §. 3. quoad mouendam actionem conſenſus non requiritur. Et ergo hoc caſu pater non minus quam tutor recte tranſiget, neque aliud ſenſiſſe credendus eſt Accurſius, male *à Cuiac. Ant. Fab. in l 10. h. tit. & à Tr.* hic reprehenſus *& Caſtren. quoque Bl & alij poſt Accur. in l præſes, 12. C. h t.* id notant ſaltem, quod non æque in alienandis rebus à patre, ac à tutore, requiratur iudicis decretum, quod communiter teneri ibidem notat Iaſon ipſe tamen contrarium probans. Conſequenter nullius momenti eſt limitatio ab eod. Fabro ibid. ſentẽtiæ Cuiac. additæ, vt vid. pater tranſigere poſſit bona fide: quia aut ponimus filios eius eſſe ætatis, vt conſentire nõ poſſint, & frigida limitatio eſt: quia qui nõ niſi in caſu dubio deficiẽtibus probationibus trãſigere poteſt, eum bona fide tranſigere oportet, alias eſſet nõ tranſactio, ſed circũuentio: aut eius ætatis, cuius cõſenſus iuxta *l. vlt. de bon que lib* requiritur: & limitatio falſa eſt: quoniam qui ad actionem mouendam neceſſarius eſt cõſenſus, idem multo magis in tranſactione requiretur.

Niſi forte in ijs cauſis.] Atqui hic nulla videtur ratio dubitandi. Cæterum quid intelligat, ex ſubiecta diſtinctione petendum eſt, inter alienationem neceſſariam vel voluntariam Vbi tamen duo deſiderari poſſunt. I Quod illa diſtinctio, quæ petitur *ex l. vlt. §. 3. & 4. C. de bon. qualib* male ad tranſactionem accommodatur. II. Quod hinc efficitur, pro ijſdem habenda, tranſigere poſſe: & alienare poſſe, quod falſum eſt cum citra alienationẽ præſertim rerũ immobilium, ſæpe fieri poſſit tranſactio: cæterum vbi

de alie-

pro an contra coniugium tranſactio interponatur: *Beuſt p.1.de ſponſ.cap.19.vbi cap.30.* ponit formam tranſactionis cuius meminit Tr. ſuper ſtupro, non tamen criminaliter intentato, quo caſu tranſactioni locus non eſt iuxta *not.th.5.*

Lit. B.

Etiam poſt concluſionem in cauſa.] Ratio manifeſta eſt allegata a Tr. quod res nondum ſit liquida, neque niſi abſurde & inepte diſſentire quis poſſit. Treutlerus autem in iis quos pro & contra allegat ſequutus eſt fidem *Delrio ad l 18. C.h.t.n.17*, hic autem illis quos vt diſſ.adducit, iniuriam facit, & falſo citat *Bart. in l. ſi mater. de reiud. Caſtr.in l.ſi rē alienam,§.vlt.de pign.act.Bald.* tanquam ſibi contrarium *in l.7.& in l.1.h.t.* (vbi nihil de concluſione in cauſa, ſed hoc tantum dicit.quod tranſactio locum non habeat, ſi res ſit liquida per inſtrumentum, idque ex eo tradit *Alex.vol.2.conſ.61. in fin.*& idem de inſtrum. habente paratam executionē poſt Bart. & alios tradit *Iaſ.in l.ſi cauſa,32.C h.t.*) *Gomez.de delict.c.9.n.68* vbi nihil aliud ſcribit,niſi quod poſt rem iudicatam non tranſigatur. Et vel hinc argumentum ſumere licet,quantum allegatis Tr.ſit tribuendum.

Lit. C.

Non poſt rem iudicatam.] Fruſtra obijcitur *l. ſi cauſa,32.h.t.* quoniam per Aquilianam ſtipulationem ius etiam liquidum remitti poteſt, ſed non tanquam per tranſactionem: quomodo eū locum poſt Accurſium recte explicant *Salic.Iaſ. & alij ibidem*, eoque ipſo ſatis condemnant infelicem Donelli,quam Tr.pro ſe adducit, emēdationem,qui in *d.l.32.* pro, *ſi non*, legit, *quia*.

Lit. D.

Pactiones fieri poſſe.] Probo hoc,vel ideo,quod ſententia *l.5.h.t.* contineat aliquid ſingulare, proinde quam minime extendendum: &, vt *Caſtr. & Iaſ.* notant, qui tranſigit,accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur: qui vltro totum remittit,non decipitur.

Lit. E.

Niſi inſpectis teſtamenti verbis] Etenim vt Dd. notant,ad ſolennitatem huiuſmodi tranſactionis pertinet, vt teſtamenti verba inſpiciantur: idque verba *l.6.h.t.* aperte præ ſe ferunt,iuncta *l.1 §.1.quemad teſtam.aper.* Sed in Æmilio Ferreto,quem refert & ſequitur *Cuiac.in l.1 h.t.* abſurdum videtur,cum nihil prohibere videatur, quo minus quis, etiamſi non inſpexerit verba teſtamenti, aliquo accepto,tranſigendo ius ſuū remittat: ideoque cenſet Cuiac.*dict.l.6.*ſententiam,ſi ad conuenta referatur,eſſe falſam, & in hoc lapſum Tribon. quod cum Caius *in d. l. 1. §. 1.*verbo, *tranſigi* per tranſlationem fuerit vſus, vt illud referret ad iudicata, hoc etiam transtulerit ad conuentiones. Sed recte notat Cuiaciū *Ant.Fab.in d.l.6.* ſiquidem verba Caij non poſſe tranſigi ſine iudice , de iudicato intelligi non poſſunt: cum abſurda & inepta locutio ſit, non poſſe iudicari ſine iudice. Ipſe tamen Faber ſententiam *d.l.6.h.t.* abſurdam ſibi videri ait, eoq; ſic eam accipit, vt Caius,quem non recte ceperit Tribonianus, hoc tantum, non niſi inſpectis verbis commode tranſigi poſſe ſenſerit.Ignoſcendum Dd.plane eſt, apud quos nunquam vapulat Tribonianus,ſi ex verbis *d.l.6.* non potuerunt elicere aliam ſententiam: cuius tamen nō vſq; adeo ineptas afferunt rationes. I. Quod hoc ſtatutum ſit odio teſtamēta occultantium, & *inde* lucrum captantium. II. Quod publice interſit exitum habere ſupremas voluntates, quæ alias per huiuſmodi tranſactiones circumuenirentur. III. argum.præbet ratio prohibitæ tranſactionis ſuper alimentis futuris. IV. Trāſactio eiuſmodi reuera tranſactio nō eſt,cū obligatio ex teſtamēto non ex facto meo, ſed alieno, deſcendat.Neq; obſtat *l.non eſt 12.h.t.* quoniā ibi apparet factam fuiſſe copiam inſpiciendi: neq; vero excuſari debet ſupina negligentia eius, qui poſtea: totum teſtamentum à ſe non inſpectum fuiſſe, cauſetur.

Quam ita extendi recte puto.] Errat hic Accurſ. *in l.3.§.1.h.t.* probatus etiam à Bald *ibid.& in l.6.h.t.* quos recte reprehendit Iaſon.*in d.l.colum. 2.* vbi mirari ſe ait errorem iſtum, cum expreſſum ſit *in l.1 §. 1. quemadm. teſtam.aper* quod in iudicio niſi inſpectis teſtamenti verbis veritas inquiri non poſſit: & ſane fatuus ille iudex fuerit, qui pronuntiet non inſpecto teſtamento,à quo tota vis cauſæ & intentionis dependet: & ergo errat Treut. dum hoc putat fieri per extenſionē.

An huic inſpectioni renuntiare.] Vnus hoc affirmat Accurſius,a quo diſſentiunt cæteri omnes, vt teſtantur *Caſtren.in dict. l. 6. & ibid. Iaſon. col. 4.* qui poſt Bart.ibid multis rationibus ſententiam negatiuam confirmat.

Niſi iuramentum interuenerit] Rationem addit Treut,quia tunc eſſet conuentio contra bonos mores ciuiles tantum. Quod inſubtiliter & incongrue dicitur.Voluit aut debuit dicere,valere iuramentum, quia renuntiatio illa cui acceſſit iuramentum tantum ſit cōtra bonos mores iuris ciuilis. Videtur autem exiſtimare Tr.

quod iuramentum hoc etiam iure ciuili ſit obligatorium: quod ſecus videtur, tum per textū generalem *in l. 5. Cod. de legibus.* tum quia ſicut iure canonico valet iuramentum contra bonos mores iuris canonici, ita nec iure ciuili valere debet contra bonos mores illius iuris. Et ita videntur ſentire Dd. ex quibus hoc late diſputat *Iaſon in l. 6. h. t col. 4.* & ſententiam illam confirmat autoritate iuris canonici ex *cap. cum contingat de iureiur.*

An in teſtamento nuncupato] Reſpondet Tr. non habere locum in iſto teſtamento, niſi aliūde litigatoribus non conſtet &c. Atquin ita quæſtio eſt de indubitabili: quia etiam in caſu teſtamenti ſcripti, ſi de relicto conſtet diſpoſitio *l. 6. h. tit.* ceſſabit. Plane ſi ſequamur τὸ ῥητὸν in teſtamento nuncupatiuo, quod nudis verbis & voce nuncupatur, hic conſtitutioni locus eſſe non poteſt, niſi per tranſactionem, vt tranſigi non poſſit, niſi examinatis teſtibus, & cognitis teſtificatis. Hodie plane, cum & hæc teſtamenta per Notarios in ſcriptum redigi ſoleant, etiam de inſpectione quæri poteſt.

Lit. F.

Futuris dico.] Ait de præteritis agi non poſſe, ideo de ijs licite tranſigi. In quibus oportet eſſe errorem typographicum: quia & antecedens falſum, & connexio inepta eſt: quia vbi nulla eſt actio, ibi nulla quoque eſt tranſactio.

Aliud in alimentis per contractum] Rationem ex Dd. reddit *Iaſon. in prin. l. 8. h. t. in 7. notab.* duplicem: alteram à fauore vltimarum voluntatum, alteram quod hic alimenta habeat quis ex prouiſione teſtatoris, ſed ex cauſa contractus habeat ex prouiſione propria: & ille quidem ita habet ex teſtatoris prouiſione, vt teſtator ea ſemel præſtari noluerit, nec poſtea egeret alimentarius: nec diuerſa ratio affertur à Duar. 1. *diſp.* 44. Cæterum Robert. 4 *ver. ſent.* 19. caſum proponit ſingularem, quo verbi cauſa pater à tertio filio ſuo alimenta ſtipulatus eſt: ideoque rationem & à legatarij & ab vltimarum voluntatum favore coniunctim putat eſſe deſumendam, & tamen forte quis tentauerit, etiam iſto caſu poſt mortem patris filium non recte ſuper alimentis futuris tranſacturum. Tr. autem rationem obſcure & incongrue, imo incongruam proponit, quod promiſſor ſibi conſulere cenſeatur, vt diuiſis penſionibus ſoluat: vel quia hic non de intereſſe promiſſoris, ſed ſtipulatoris quæritur: vel quia adæquata tranſactionis prohibitæ ratio non dependet à diuiſione præſtationum, multo minus ex eo, quod alimenta promiſſa diuiſis penſionibus præſtantur ad validitatem tranſactionis concludi poteſt. Quod ſequitur, *vnde alimentorum, &c* ex præcedentibus non infertur, & tanto minus videri debebat ſtipulatio vna ſiquidem hoc ipſum actum vt diviſæ eſſent penſiones.

Lit. G.

Ne quidem iurata talis tranſactio valebit.] Deſiderauerit quis merito hic iudicium Treut. qui paulo ante lit E. inſpectioni iuramento renuntiari poſſe dixerat, quod ibi tantum offenderetur ratio iuris ciuilis. Quæ ratio etiam hic militat, cum tranſactio mera eaque noua lege. ciuili improbetur. Decidendi quoque ratio ſubiecta, quod aliud ſit iuſiurandum ſeruari, &c. nullius momenti eſt: quia idem dicam in dicta quæſtione lit. Et, cui ſi applicetur hæc diſtinctio, ſequetur, renunciationem per iuramentū non confirmari: & ita leges verbis nō rebus imponentur: & inepte quis negat tranſactionem iuratam valere, qui iuſiurandum præſtitum ſeruandum ait. Cæterum, quoniā, vt dictū. actus iſte mera lege ciuili improbatur, ōnino ſtatuerim contra Tr. ipſum actum iuramento ex ratione iuris canonici confirmari: cum præſertim verius ſit, in genere quibuſcunq; actibus iuramentum licite adijcitur, eos iuramento conualidari, vt probatum *diſp. prac. th. 7. lit. D.* vbi notatis adde *Nattam in c quamuis, n. 72. notab. 4.* facit quod ipſe Tr. hac ipſa theſi lit I. in fin. (vbi iſtam quæſtionem vitioſa tautologia repetit) eorum ſententiam, qui tranſactionem iuratam valere putant, iure canonico veriorem eſſe cōcedit.

Lit. H.

Non tamen arbitri] Procul dubio vera hæc ſententia eſt quod paſſim *in l 8. h. tit.* & preciſe prætor & decretum prætoris requiratur Neq; reperio hinc diſſentire *Iaſon. in tota h. l. 8* quin imo ipſe *in § ſi prætor* cognitionem ſuper alimentis mixti Imperij eſſe, & nobili officio iudicis expediri tradit cuius generis quæ ſunt, cum ex notiſſima Doctorū ſententia mandari non poſſint, multo minus coram arbitris ea expediri poſſe concedent. Et reuera inepta fuerit collectio, arbitria ſint redacta ad inſtar iudiciorum: ergo arbitri ſuper hac tranſactione cognoſcere poſſunt: ſiquidem hic ſuſtra iudicem deſiderat prætor.

Lit I

Id tamen ad alienationem rerum Eccleſiæ, &c.] Quæſtio hinc videtur aliena, & manifeſta diuerſitatis eſt ratio, quod alienatio eiuſmodi re

iura

rum ſimpliciter prohibita, hæc autẽ tranſactio, ſi melior ſit facta alimentorum cõditio, expreſſe admiſſa & confirmata. Eadem ipſa quæſtio propoſita eſt *diſp. prac. th. 5. lit. E. in fin.* non valere alienationem rerum minoris, etiamſi huius conditio facta ſit melior. Vbi tamen notauim' ex Simoncello, effectu ipſo validitatem alienationem, vel quia prætor in fauorem minoris facile ſupplebit ſolennitatẽ decreti: vel quia etiã citra decretum minori vindicanti rem obſtabit exceptio per textum expreſſum *in l. ſi fundus, §. 1. de reb. cor. &c.* per quem hoc notat & probat *Accurſ. in l. 8. §. 6 h. t.* male à Tr. improbatus.

Imo nec ad dotẽ.]Ex verbis non facile quis ceperit mentem Treut. & cõnexio cum præcedd. videbatur arguere hoc velle Tr. quod alienatio rei dotalis nec cum vtilitate vxoris valeat. Verum Salicetus quem allegat *in l. 28 Cod. de pa. n. 5.* aliam plane quæſtionem tractat, & ab hoc loco alienam: an conſtitutio *l. 1 C. de fidei comm.* vt qui per triennium tanquam ex teſtamento præſtitit legata, porro ea præſtare teneatur, habet locum etiam in dote: quod ſcil. negat. & obiter ſaltem, ad oſtendendam differentiam alimentorum & dotis, hoc addit quod ſuper illis prohibitum, ſuper hanc autem tranſigere ſit conceſſum. Probationes *ex l. 32. in fin. C. de appell.* & maxime *ex l. 14. §. 1. de aliment. legat.* omnino ſint alienæ.

Idem de pacto dicimus.] Probatio ex Paulo petita nihil concludit, vel eo argumento quod ipſe lit. D. admittit pactionem in ſpecie *l 6. h. t.* vbi nulla tamẽ trãſactio eſt & ſane ratio dubitãdi eſt contra Tr quod in pacto videtur ceſſare ratio, quæ in tranſactione prætorem requirit, ne videlicet circumueniatur alimentarius. & modico præſenti contentus magni pretij alimenta remittit, quæ nõ militat in remiſſione, cũ cuilibet liberum ſit, quod ſibi relictũ eſt, repudiare: vtiq; prætor ſuper pactione fruſtra adeatur aut cognoſcat cauſam quæ ſc. Marci oratione requiſita, nonniſi in tranſactione habent locum.

THESIS V.

LIT. A.

Propõitur hic intricata diſputatio ad *l. 18. Cod. h t* in quam ſcripſerunt multi ex veteribus & recentioribus, quorum catalogum texit Delr. Quia nos eo tractationis ſeries trahit, quædam cum Tr & contra eum ſed paucis dicemus. Ait iſtio hanc legem non in reum, ſed in actorem tranſi... ntem conceptam eſſe: quæ opinio pau-

I. Quod cum ipſe Tr. lit. B. poſt Dd. communiter omnes rationem permiſſæ tranſactionis *ex l. de bon. eor. &c.* petat, ea vtique loquitur de reo. II. quod cum ratio prohibitæ tranſactionis in criminibus non capitalibus nulla alia ſit, quam ne perſecutio iudicij publici priuatorum conuentionibus omittatur & remittatur, cum accuſator dictando iudicium publicum non intereſſe ſuum ſed Reipub. ſe proſequi profiteatur: hæc ratio, quæ æque & magis militet in capitalibus, in his excluditur ſola fere ratione miſerationis, quæ principaliter non accuſatori, quem propria voluntas duxit ad accuſandum, ſed reo debetur. Attamen pro Tr. duplex etiam ratio militat. I. Quod alias nulla excepti adulterij commoda poteſt dari ratio, ſed ea ex parte Accuſatoris ſatis commoda datur, de quo lit. C. II. Quod explicatio verior vltimorũ verborum, *citra falſi accuſationem*, quam Tr. ſequitur *lit. F* hoc omnino, vt hæc conſtitutio ad accuſatorem referatur, deſiderare videtur, de quo D. lit. F. Et poſſit forte dici per conſequentiam hoc etiam tranſlatum ad accuſatorem, vt impune tranſigere poſſet, de eoq; conſultos reſpondiſſe Impp, verior enim eſt ſentẽtia, quã probat *Sich. hic & Delrio n. 65.* vbi eam teſtatur eſſe cõmunẽ, quod etiam prima pars huius legis pertineat ad accuſatorem, ita vt ne quidem incidat in Turpillianum: licet aliud videatur *Cyr. in a. l. 18. n. 16. Caſtren. ibid n. 5. Bart. n. 7. Salicet. n 4.* qui à pœna talionis ſaltem liberant accuſatorem, propter calumniam ſuſtinendam, ſed non à pœna tergiuerſatoris, & Turpilliani. At enim nec omnis calumniator pœnam talionis ſuſtinet: & ita beneficium hoc inutile futurum eſſet reo, nũquã tranſacturo a ctore, ſi pœnã tergiuerſatoris ſibi ſciret eſſe ſubeundam. Quamuis & hoc verum ſit, veram & propriam hic nullam eſſe tranſactionem, ſed, quod docet *l 1. de bon. cor. &c. l. ult. de prauaric.* non liberatus reus pecuniam aduerſario dans, ſed ei tantum ignoſcitur *d. l. 1.* vt ne habeatur pro confeſſo, quippe cum aduerſariũ corrumpere dicatur *d. l vlt. h t.* quæ vt tranſactio hunc tantum effectum habeat, ne reus ſit pro confeſſo iam olim fuit ſententia *Iac. de Arena relata à Cyn. hic n. 14.* Omnia enim crimina capitalia obiectum tranſactionis non ſunt *arg. l. 7. § ſi paciſc. de pact.* & miſerationis ratio, quod de vita hominis agatur, iſtã ſuaſit præſumptionem, vt reus nõ conſcientia ſceleris, ſed potius grauitate periculi territus ob dubiũ iudicij e-

An vero ante vel poſt.] Diſtinctionis hic propoſitæ primum membrum eſt, quod vtroque tempore in ſanguinariis liceat paciſci gratis. Ubi duo notãda videntur. I. Quod tantum meminit rei, cũ tamen in accuſatore ita ius ſit vt poſt iudicium cœptum & gratis, & accepta pecunia omittere accuſationem poſſit. Cæterum in caſu nondum cœpti iudicii, vbi quis accuſationem minatus eſt, ego quidem diſtinguendum exiſtimauerim inter delicta, non an ſint ſanguinaria necne, ſed an in iis ciuilis perſecutio cum criminali concurrat. In illis remiſſioni gratuitæ locus eſt, non tranſactioni, quod hoc incidat in crimen concuſſionis, vt quis minitando accuſationem alteri extorqueat pecuniam. In his etiã accepta pecunia remitti actionem poſſe concedam, ſed ab eo, qui etiam ciuiliter agere poteſt: quia vtcunque hic accuſationem criminalem fuerit meditatus & minitatus, attamẽ poſtea accipiendo pecuniam conſilium mutaſſe, & eam, non pro perſecutione criminali, ſed potius pro intereſſe ſuo ciuili accepiſſe creditur. Ex quo explicari poteſt difficilis locus, (in quo etiam laborat *Matth. Klock in præparat. hic cap.*) *in l. 1. §. 3. de calumniat.* vbi permittitur in publicis cauſis accipere pecuniam citra ſordidam cõcuſſionem. Secundo notari poteſt, quod tantum meminit pactionis gratuitæ, cum vtroque tempore in ſanguinariis præſertim, & maxime reo pecuniam dediſſe ſit impune.

Imo in adulterio.] non capio, quare hoc de adulterio tanquam ſpeciale proponat, quod liceat tranſigere reo data pecunia: ſiquidem in aliis ſanguinariis hoc etiam, & magis obtinet. Sed ſcilicet ex allegato Klock hoc eum velle colligere licet, etiam ex cauſa adulterii reũ poſſe corrumpere aduerſarium, ita vt non habeatur pro confeſſo: ſiquidem ille iſtam legem ad accuſatorem tantum refert: qui ſpeciali ratione tranſigere vel paciſci nequeat: maxime ex iure nouo quo eum poſt conſtit. Conſtantin. *in l. 30. C. d. adult.* coniunctæ perſonæ tantum adulteriũ vindicare poſſint, illis vtique turpe ſit, vindictã proprij pudoris & iniuriæ pecuniario commodo poſtponere: Sed hac explicatione non ſatis ſibi conuenire videtur Tr. lit. C vbi exceptionem adulterii indiſtincte proponit & admittit: & ead. lit. hanc rationem reddit, hodieque prohibitæ tranſactionis, quod conſtitutionis correctoriæ ſtricte ſint accipiendæ: quæ ratio etiam locum habet in reo.

Niſi impetrata abolitione.] Non recta videtur hac exceptio: quoniam tranſigere poſſe in hac lege ſignificat poſſet citra abolitionem at per hanc magiſtratus autoritate ſublato iudicio, fruſtra de tranſactione quæritur. Alias etiam male accommodatur ad adulterium, quod omnibus criminibus eſt commune.

In non ſanguinariis] Proponitur hic altera pars diſtinctionis, quod in his liceat actori & reo ante cœptum iudicium tranſigere. Hoc autem in futuro accuſatore eoque extraneo, qui nullam ciuilem perſecutionem habet, verum non eſſe, ex iam dictis colligitur: quod hic contrahatur crimen concuſſionis. Ex iiſdem patet, male hoc proponi de non ſanguinariis tantum, cum idem ſit in ſanguinariis, inter quæ & illa quoad caſum iudicii nondum accepti, nulla eſt differentia; quod hic nullam talionis pœnam metuere habet accuſator.

LIT. B.

Mortis pœnam ingerente.] Sententiam hanc folio Sibyllæ veriorem pronuntiat Delrio: contra quam nihil concludit ratio Dd. hic, quod mutilatum membrum moriatur: quia ICtus *in l. 1. de bon. eor.* de morte loquitur totius. Illud tamen hic notandum, an permiſſa ſit tranſactio, nõ ex pœna extraordinaria, vel propter circumſtantias aggrauanda vel minuenda, ſed ordinaria, & ex genere delicti, an huic pœna capitalis nec ne, præfixa ſit, æſtimandum eſſe.

LIT. C.

Excepto adulterio.] De duobus hic laboratur. I. De ratione exceptionis: quam inde deſumit Treut. quod L. Iulia nominatim de eo paciſci vetuerit Sed præterquam, quod ratio rationis quæritur, hoc ipſum ex eo in dubium vocatur, quod cum ipſe Treut. adulterium ex L. Iulia capitale fuiſſe neget, nulla ſpeciali prohibitione opus fuiſſe videatur. Niſi quis dixerit, quod L. Iulia certius hoc cauere voluerit, vel potius diſtinguendum exiſtimauerit, inter reum & accuſatorem, quem adeo paciſci vetuerit L. Iulia, vt paciſcendo crimen contrahere & in ipſam legem Iuliam incidere voluerit *l. 10. C. de adult. l. 26. §. 2. eod.* Et hæc ratio de qua pluribus Klock *pag. 2. C. 2.* etiam hodie militat in accuſatore maxime poſt conſtitutionem *l. 30. C. d. adult.* iuxta Dd. Verũ in reo, præſuppoſito, adulteriũ eſſe capitale, nulla ſatis idonea apparet ratio, nec duodecim illis quas hic *p. refert Delrio.* licet *nu. 83.* probet ſententiam Alciati & Cuiac. quam etiam ſequitur Treut. hic conſtitutiones correctorias ſtricte eſſe accipiendas: ſed eam rectius

improbare videtur Klock. *d.p.2.C.2.* vbi reũ hodieque in adulterio accuſatorem corrumpere poſſe contendit. II. Laboratur hic quomodo cõueniat regulæ propoſitæ hæc exceptio, quod adulterium tempore Diocletiani nondum fuerit capitale: quod bene probat Klock *p. 2. C. 1.* contra Delrio qui *p. 2.* adulterium ex lege quidem Iulia, relegatione tantum, ſed ſub DD. fratribus deportatione, ſub Diocletiano pœna gladii punitum fuiſſe ita tradit, vt tamen illud nulla idonea ratione vel autoritate comprobet. Fatendũ itaque eſt verba illa, *excepto adulterio* à Triboniano eſſe adiecta: alteram enim coniecturam, cuius etiam meminit Treut. & quam probabiliorem ait *Ant. Fab 2. coniect. 20* falſitatis & erroris coarguit Ecloga Baſilicorum, in qua exceptio hæc diſerte quoque addita reperitur, & oſtenditur lit. *F. hac th.*

Sed ſub Conſtantino magno. [Capitalis ſupplicij an primus hic fuerit auctor, non ſatis liquidum, (licet id affirmare videatur Iuſtin. *in Nov. 134. cap. 10*) propter *l. 4. C. Theod. quor. app. non recip.* Et recte Klock. *pag. 2 cap. 1. inſ.* nihil referre ait, ſiue hoc ad Conſtantem ſiue Conſtantium, ſiue Conſtantinum referas: vbi etiam diſtinguit inter pœnam ordinariam & extraordinariam, & locis quæ ex Apuleio & Arnobio proferri ſolent, reſpondet. Iuuat ſane Treut. quod ſub Cõſtantino adulterium ordinarie capitale factum affirmat. Verum hac de re, & an ex L. Iulia adulterium fuerit capitale, pluribus agitur infra *part. 2. diſp. 32.*

Super ſtupro licite tranſigi.] Adducit Treut. *§. 4. Inſtit. de publ. iud.* ex quo non animaduerto quà ratione iſtud probari poſſit, cum ibi diſerte pœna ſtupri ſimplicis negetur eſſe capitalis: regulæ autem huius *l. 18.* in dubio ſtandum erit, donec doceatur exceptio; & ipſe Tr. init: *olit C. L.* Iulia, quæ etiam ſtuprum coercet *l. 29. §. 2. d. adult.* pactiones tradidit eſſe prohibitas.

LIT. D.

Ne videatur ſibi ipſi manus &c.]. Non placet hæc ratio, tum quia minus commode transfertur ad accuſatorem, in quem tamen hanc legem conceptam eſſe ſtatuit Treut. tum quia ita ſequeretur, ſi verbi cauſa reus ſuper crimine, ex quo fuſtigatio vel membri mutilatio irrogatur, tranſigeret, cum hoc caſu pro victo habeatur, eum ſeipſum fuſtigare, vel membrum mutilare videri. Peior adhuc ratio videtur quam affert Klock vt pluribus reum deferentibus, crimen innoteſcat magis, & ille cadat iuſtius. Neque apparet ſatis cauſa, quo minus inſiſtamus rationi I Cti *in d. l. 1. d. bon eor &c.*

Etiam in cauſis fracta pacis.] Nihil ſingulare hic eſt, ſiquidem huius delicti pœna capitalis eſt.

Et has compoſitiones &c.] Male compoſitiones iſtas, quas defendit conſuetudo, confundit cum tranſactionibus, quas ex ratione iuris ciuilis miſeratio non tam defendit quam excuſat, vt ne reus habeatur pro confeſſo.

Nam mulierem etiam &c.] Non ſatis capio quale hoc ſit, quod mulier ratione propinquitatis ſi reliqui eeſſent, tranſigere poſſit de iure ciuili. Etenim iam dictum eſt, compoſitiones has, quas ex iure Saxon. proponit, cum tranſactione, de qua agitur *in l. 18. C. h. tit.* parum aut nihil commune habere, & maxime in caſu homicidii, vbi cognatus nullam perſecutionem ciuilem habere poteſt; & vt cognatus pecuniam aliquam Manngelt oder Sehnsgeldt accipiat, à iure noſtro plane eſt alienum, quo iuxta ante dicta ante iudicium cœptum, de quo caſu hic agit Treut. accuſator pecuniam accipiens, incidit in crimen concusſionis. Ideoque apparet mutari hic ſtatum quæſtionis: & ſecundum ius ciuile mulier in criminalibus capitalibus, quo caſu ad accuſandum admiſſa eſt iuxta hanc *l. 18.* recte demum tranſigere poterit.

Alias ex officio.] Ait tranſactionem non præiudicare nec magiſtratui nec tertio. Adeoque quod proponitur in verſ. ſane ſi ille, per tranſactionem proximi cognati omnibus aliis viam præcludi, loco limitationis ex iure Saxon. accipiendum neceſſario eſt. Jlla autem ieiuna videtur ſubtilitas, aut potius cauillatio, quod tertius officium quidem iudicis implorare, ſed litem ſuſcipere non poſſit: cum præſertim moribus noſtris omnes fere publicæ accuſationes à procuratore fiſcali publica autoritate inſtitui ſoleant.

Illud hic acriter &c.] Quærit an tranſactio præiudicet magiſtratui, vt mitior pœna debeat dictari. Vbi verbum illud præiudicare, videtur duriuſculum: etenim magiſtratum tranſactio talis inclinet fortaſſis ad mitiorem ſententiam, ſed non cogat. Cæterum diſtinguendum hic omnino videtur inter ius ciuile & ſtatutarium, tale videl. quale paulo ante propoſuit Tr. quo poteſtas agendi ad aliquos ita ſpectat, vt cæteris agendi viam præcludere poſſint: ſecundũ quod ius rationis videtur, vt reus qui cum iſtis perſonis conuenit, mitius puniatur: quod hoc caſu

delictum quodammodo priuatum factum eſſe videatur: maxime ſi pecuniam in caſu homicidii, **Mann oder Sohns geldt** exſoluerit: quam ſtatutum ipſi homicidio quadantenus irrogaſſe videatur. Iure autem ciuili intrepide reſpondendum eſt, eiuſmodi tranſactionem pœnæ indagandæ non facere quod ea ſcilicet non probetur, ſed miſerationis cauſa hactenus ſaltem reo ignoſcatur, vt ne habeatur pro confeſſo. Sed Treut. diſtinctionẽ excutiamus, quia ille ex ratione iuris intereſſe ait inter delicta grauiora & leuiora vt in his demum propter initam tranſactionem mitiori pœna reus ſit afficiendus. Atqui in his delictis ex ratione iuris: cum tranſigere non liceat, neque tranſactionis eiuſmodi vllus eſſe poterit effectus: in capitalibus autem huic diſtinctioni locus nõ eſt, ſiquidem ea de his autem tranſigendi ius eſt, vel natura ſua vel ex moribus aut legibus cuiuſq; Reipub. grauiſſima ſunt. Et ideo non recte exempli loco afferetur furtum, quod præſertim iure ciuili de quo ſe hoc loco agere profitetur Treut. capitale non eſt. Probabilius diſtinguendũ quis exiſtimauerit, an ex delicto quoq; ciuilis oriatur perſecutio necne, & an illo caſu tranſigat extraneus aliquis, an ipſe cuius intereſt vt hic demum per tranſactionem ſoluta pecunia delicto ex parte ſatisfactum, eoque mitigãda videatur pœna: ceteroquin rationi iuris non conuenit, vt tranſactio, quæ miſerationis ſaltem intuitu excuſatur, vel crimen concuſſionis & tergiuerſatoris ſecum trahit, vel vt reus pro confeſſo habeatur efficit, hunc effectum operetur.

LIT. E.

Proponitur hic regula negatiua, cuius certa ratio eſt ex iure communi, quod delicta nõ ſint obiectum habile tráſactionum vel pactionum: adeoque ceſſante miſerationis ratione ex *l. 1. d. bon. eor.* ſuccedit ratio iuris communis, vt accuſator quidem incidat in Turpillianum, reus autem habeatur pro confeſſo & conuicto: quod recte explicat *Klock.* non vt ſtatim ad carnificẽ rapiatur, ſed vt grauiſſimo ſe ipſum oneret præiudicio: quod hic præſumptio iuris ſit, cõſcientia criminis aduerſarium coruptum eſſe: quando etiam Bald. notat in hoc *l. colum. vltim.* etiam poſt tranſactionem ampliori cognitione & ſententia opus eſſe, quod autem addit Tr. hoc caſu nec donandi cauſa paciſci licere intelligendum eſt de iudicio cepto: cæterum non dum inſtitutam accuſationem gratis remittere & omittere, nemini fraudi eſſe debet.

LIT. F.

Citra falſi accuſationem.] Doctores communiſſime omnes verbum citra accipiunt exceptiue pro præter: quod de crimine falſi liceat tranſigere cuius ſententiæ ſtipulationẽ habent, & nõ leuis momenti autorem interpretem Græcum, qui in Ecloga Baſilicor. titulo περὶ Διαλύσεων ſententiam huius *leg. 18.* tranſtulit in hæc verba quæ ſi cui forte ad rem facere videatur, ex manu ſcripto exemplari Bibliothecæ Palatinæ bona fide repræſentamus ἐπὶ μὲν τῶν δι' αἵματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύσασθαι. χωρὶς τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος ἐπὶ δὲ τῶν ἄλλων τῶν μὴ ἐχόντων αἱματικὴν τιμωρίαν, οὐκ ἔξεστι διαλύσασθαι. χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος: & ſtatim poſterioris huius exceptionis, quæ tamen revera petitionem principii continet, ſubiicitur ratio in hæc verba, τὸ γὰρ τῆς πλαστογραφίας ἔγκλημα, εἰ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ὅμως ἔξεστιν ἐπὶ αὐτοῦ διαλύσασθαι. Mox breuior conſtitutionis ſubiicitur ὅτι εἰς μὲν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλυόμεθα. παρεκτὸς μὲν τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. Ego tamen non obſtante Græcorum autoritate cum Treut. ab iſta ſent. ſeceſſionem facio, duabus præcipue de cauſis. I. Quod particulæ, *citra*, conſtans hæc ſignificatio eſt in iure noſtro, & in ipſis aliquã multis Diocletiani reſponſis, quod demonſtrat Klock *pag. 4. cap. 1.* II. Quod exceptionis illius, nulla commoda & idonea afferri poteſt ratio. Vnam affert Accurſius (quam ſequitur Delrio *p. 4.* vbi alias nec refutatione dignas commemorat. Quod cum accuſatione falſi concurrere fere ſoleat ciuilis perſecutio: ſed ea communiter reprobatur & reuera nihil concludit, cum ciuilis actio à criminali, de qua hic quæritur, plane ſit diuerſa: & idem locum habeat in violentiæ & aliis & vtrique in priuatis delictis, ſuper quibus ſi criminaliter agatur tranſigi non poſſe receptũ eſt. Altera ratio fuit cuiuſdam Hugonis de Fontana, quem refert & ſequitur *Cynus in l. 18. h. tit.* quod crimen falſi cum ſit turpiſſimum, quaſi ex homine non hominem fac at. Sed & hæc ratio, licet in ea communius acquieſcant Dd. hic, nullius eſt momenti; quia neque infam ... neque

mortis

mortis ciuilis pœna, ſufficit ad tranſigendi ius quæ huic ſententiæ objiciuntur loca, poſt Hotomann Ant Fabr. & Donell bene remouit Klock *p.4 c 4* qui etiam *p.3 c.3.* pluribus explicat, quomodo accuſator hic tranſigens incidat in crimen falſi, in hoc ſingularis, quod etiam reum corrumpentem aduerſarium crimine falſi ſe obſtringere exiſtimat.

Qua diſtinctione non obſeruata]Non capio hoc, quomodo nō obſeruata diſtinctione inter cauſas ciuiles & criminales, Dd.non poſſint reddere rationem illius exceptionis: ſi quidem hæc diſtinctio nihil plane ad rem pertinet, *& in l 18. C h t.* procul dubio de perſecutione criminali tractatur. Cæterum, vt ante dictum ſimpliciter verum eſt, quod exceptionis illius commoda ratio afferri non poſſit.

Hodiernis moribus] Nimis generaliter affirmat, quod moribus noſtris de quocunque crimine recte tranſigatur Equidem de facto, ſed periculo partium tranſigi poteſt: poteſt & ita vt accuſator porro non admittatur: ſed ita poſſe, vt nec reus pro conuicto, neque accuſator pro tergiuerſatore habeatur, & ita Turpillian. SCtum omnino ſit ſublatum, admittendum non videtur. Et Clar.allegatus loquitur de moribus Italiæ, &, vt opinor de caſu lucidis non conſtituti, & quod præcipuum eſt loquitur procul dubio de caſu quo ille pacem facit, qui ſpeciali iure facultatem perſequendi criminis habet. alia ratio eſt extranei, quem etiam moribus noſtris citra crimen concluſionis aut falſi non recte tranſigere, defendi poſſe videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Stricti iuris.]Vtitur hac phraſi cum Dd. parum ex vſu iuris, quo hæc eſt qualitas contractuum & actionum. Et quo ſenſu hic accipitur, nihil non eſſet ſtricti iuris, quod nullus actus extenditur vltra ea de quibus tractatum eſt & cogitatum. Vnde qui tranſegit ſuper teſtamento, nō cenſetur tranſegiſſe de relicto codicillis *l 12. h. t.* cui non obſtat *l.19 & 29.C. eod.* quia Codicilli non habentur ſimpliciter pro nouis inſtrumentis, ſed pro noua debendi cauſa v. Cui. & Ant. Fab *in d l.22 h t.& in l.31 d.pact.*

Itaque de iniuria illata tranſigens.]Expedita ratio eſt, quia diuerſæ ex vtroque capite naſcuntur actiones, quarum vna remiſſa, altera protinus remiſſa videri non debet Expenſarum contraria ratio pro quibus nulla ſpecialis actio datur, ſed ex officio iudicis alij actioni ſubſeruiente adiudicantur. Oportet autem intelligi impēſas adiudicandas, quia de re iudicata non tranſigitur: minime autem oportet poni caſum ſequutæ ſententiæ, quem male ponit *Mynſing. 4. obſeru.58*) quia poſt tranſactionem non niſi per errorem ſententia ferri poteſt.

Niſi ratione contumaciæ debeantur.)Limitatio hæc nimis eſt generalis, quia etiam hæ expenſæ quas propter contumaciam non comparentis, faciendo reum ſæpius citari, actor erogat, nomine contumaciæ debentur, quæ vtique aliarum litis expenſarū iure cenſentur Sed Treut. ſpecialis contumaciæ expenſas intelligere videtur, quæ ſcilicet, vt ſcribūt Gail & Mynſing. ſpeciali actione in factum petantur ex *l 1 ſi quis ius dicendi &c.* Et hoc tamen quale ſit, non ſatis aſſequor: quia ſiue in illam actionem ipſius litis æſtimationem venire, ſiue mulctam, ob ſpretam magiſtratus autoritatem contineri ſtatuas, de quo actum eſt *diſput 4 th.9.* illic quidē tranſactione facta actionem *d l.n.* ſublatam eſſe, hic vero priuata tranſactione magiſtratui præiudicari non poſſe conſequens eſt Sed vtroque caſu quomodo hæ dicantur expenſæ contumaciæ, non animaduerto: neque ibi de impenſis, ſed de ſpeciali ſingularis contumaciæ pœna tractatur.

LIT. B.

Voluntate tamen &c.)Ait de integro voluntate partium agi poſſe, tranſigi non poſſe quia iudicium reddatur in inuitum, tranſactio autem incipiat a conſenſu. Quæ ratio non videtur cōcludere: vel quia vbi de voluntate partium de integro agitur, iudicium nō eſt in inuitos; vel quia, quod tranſactio à conſenſu mutuo & incipit. eoque perficitur, tanto magis de nouo tranſigi poſſe videri debet. Nec quicquam abſurdi videtur, id agi inter partes, vt priori tranſactione reſciſſa, negotium denuo aliis nouiſque conditionibus componatur. Cæteroquin ambigua hæc quoque ſententia eſt, & dubium an rem iudicatam opponat tranſactioni, an hoc potius velit, de eo quod tranſactum eſt, iterum agi poſſe: illud ſuadet comparatio rei iudicatæ tranſactionis: hoc alleg. *l 14. C.h.t.* & id tamen non recte ſimpliciter affirmatur, quia vtique fallit, vbi Aquil. ſtipulatione & ſubſequuta acceptilatione ipſo iure actio ſublata eſt.

LIT C

Actione de dolo ſubuenitur.) Limitandum hoc & explicandū ex *l. 19. C. h.t.* Quod alias etiā exceptione & replicatione doli decepto ſuccurri poteſt. Sed illud hic obſcurū, quid intelligat per

per verba, *diſtincte, non promiſcue*. Equidem Doctores quos pro diſſ. nullo notato loco adducit, concurſum actionis de dolo cum actione præſcriptis verbis non admittunt: & recte: tum *arg. l.* 5. §. 3. *de præſcr. verb.* vbi ICtus actionem doli concedit, vbi deficit actio præſcriptis verbis: tum quia ex edicto prætoris *l.* 1. & paſſim de dolo actio doli vtpote famoſa nec cum actione alia, ne quidem cum extraordinario reſtitutionis beneficio concurrit: de quo pluribus agitur infra *diſp. II. th.* 6

Quando vero tranſactio.] Ait intricate diſputari à Dd. an tranſactio ex falſis inſtrumentis facta annihiletur. Atquin de hoc nemo dubitat, ſed illud controuerſum, an ipſo iure nulla ſit, an vero per reſtitutionem in integrum ſit reſcindenda: in quod procliuior ſum (vt obiter hoc addam) non tam, quod actus in dubio præſumi debeat validus, quam potius, quod verba *l. pen. C. h. tit.* proprie intellecta, hanc ſententiam non obſcure confirmant: facit argum. à ſententia, quam iudex falſis teſtimoniis circumuentus tulit: quam, quicquid etiam diſputet *Zaſ.* 1. *ſing. reſpon.* 3. ipſo iure nullum non eſſe probat Text. in *l. diuus* 33. *dict. re iudic.* neque enim inter falſa teſtimonia & falſa inſtrumenta ſufficiens differentiæ ratio dari poſſe videatur: & frigida eſt Zaſij reſponſio quod ibi ſit caſus dubius, an falſi fuerint teſtes: quia eod. modo, an inſtrumenta falſa ſint, dubitari poteſt: & vt huic quæſtioni locus ſit, inſtrumenta falſa fuiſſe, & falſitatis conuicta præſupponendum eſt, quomodo *in dict. l.* 33. falſitate teſtium probata, cauſam in integrum reſtituendam eſſe traditur. Neque obſtant huic ſententiæ Textus ex *tit. C. ſi ex falſ. inſtr.* Nam quod *in l.* 2. traditur ex integro cauſā audiri, etiamſi prouocatum non ſit, ſententiam ipſo iure nullam eſſe non ſatis probat: quia prouocatio non tantum nullitati, ſed etiam reſtitutioni in integrum opponitur, quomodo minoribus etiam, qui non prouocauerunt, contra rē iudicatam ſuccurri per reſtitutionem conſtat, qua alias interpoſita prouocatione opus nō eſt. Cæteri Textus ſub *d. tit. C.* ſententiæ potius noſtræ adſtipulantur. veluti quod *in l.* 3. dicitur, cauſam devocari in irritum: *& in l.* 4. *eod.* iudicati executionem ſuſpendi, etenim ſententiæ nullius nulla poteſt eſſe executio: & omnino quod aliis Textibus non ſatis expreſſe definitum eſt, ex Textu perſpicuo *in d. l.* 33. *de re iudic.* ſupplendum eſt & decidendum. Porro arg. ad tranſactionem a re iudicata etiam admittit Zaſ. *d. c.* 3. *& Menoch.* 2. *arbitr.* 15. qui tamen ibi nec prolixe nec eleganter quod vtrumque affirmat Tr. hanc quæſtionem evoluit, ſed de hac re agitur plenius in *f. p.* 2. *diſp.* 23.

Beneficium quoq; l. 2. *&c.*] Hæc quæſtio pertinet ad *diſp.* 2. *p.* 2 *th.* 9. vbi de remedio *l.* 1. *C. de reſc. vend.* ex profeſſo tractatu. Fuſe hoc diſputat Pinel. *in d. l.* 2 *p.* 1. *cap.* 4. ex cuius traditis colligūtur tres ſuper hac re opiniones I. Simpliciter negat. II. Diſtinguit, an læſio æſtimetur, reſpectu habito ad rei ipſius, quæ v. c. in iudicium deducta erat, æſtimationem: cuiuſmodi læſionem non inducere hoc remedium ipſius Bart. ſententia eſt: an vero ad ipſum litis eventum, quod quilibet alius alterum tantum pro dubio litis eventu daturus fuiſſet: & hic demum Bart. hoc remedium admittit: ſed quod nemo facile lites ſit empturus, per difficilem huius rei probationem futuram eſſe notant citati Rolandus à Valle & Pinell. III Sententia ob enormiſſimam demum læſionem remedium hoc cōcedit, & quidē habito reſpectu ad ipsā rei controverſæ æſtimationē Sed præterquā, quod iſta enormis enormiſſimæ læſionis diſtinctio, non ſatis iure probatur, huic quoque ſententiæ: repugnat ratio, dubij litis eventus: ita vt cum Tr. ſimpliciter negatiuæ ſententiæ inhærere tutius videatur, de quo pluribus infra part. 2. th. 11.

Quid ſi geminata ſit renuntiatio.] Hoc cum præcedentibus non cohæret, in quibus de nulla renuntiatione, ſed de reſciſſione tranſactionis propter intervenientem læſionem actum fuit.

LIT. D.

Quatenus nudo pacto facta eſt.] Iam ſupra oſtendimus, quod nulla vera tranſactio nuda conventione perficiatur: & nulla hic parata eſt Treut. excuſatio, quoniam pactioni nudæ dationem & remiſſionem opponit, quam in omni tranſactione intervenire oportet.

LIT. E.

Ad implementum tranſactionis.] Aut male aut improprie hic loquitur, dum contra non ſervantem fidem præſcriptis verbis ad implementum agi affirmat. Etenim, quod naturæ huius actionis convenit & decet *l.* 6. *C. h. t.* ea actio ad intereſſe datur: eoque, ſi verbi cauſa ex conventione ex altera parte aliquid, ut alter actionem remitteret, datum proponamus ſi hic conventis non pareat, actio præſcriptis verbis dabitur. non ut ille actionem remittere, ſed vt quanti alterius litem omiſſam eſſe intereſt, præſtare cogatur.

LIT. F.

Lit. F.

Vel etiam ſtipulatus actione, quoties Aquiliana.] Haud dubie hic errat Treutl. exiſtimans, vbi ſtipulatio Aquil. interpoſita eſt, dari actionem ex ſtipulatu adimplendam tranſactionem: quoniam cum ſtipulationem Aquil. ſequatur acceptilatio, actionem perimens, fieri non poteſt vt ex ſtipulatione Aquil. ad implendam tranſactionem actio naſcatur: quippe quod illa huic tantum fini interponitur: vt protinus ſequuta acceptilatione omnis obligatio perimatur. Nec obſcure fallitur. Tr. aſſertionem illam probari putans ex *l. 6. C. h. t.* in cuius fine de ſtipulatione pœnali tractatur, & hoc traditur, ſi alter fidem non præſtet, agi vel ad intereſſe commune præſcriptis verbis actione vel ad intereſſe, vt Dd. loquuntur, conventum id eſt ad pœnam, ſi ſtipulatio pœnalis fuerit ſubiecta: quod & factum proponitur *in l. ſi profundo. 33 C. h. t. l. pen. D. eod. facit l. 10. §. 1. D. d. pact. l. 14. Cod. eod. l. 12. §. ſi mulier de pact. dotal.*

Niſi ſub hac clauſula.] Probatur hoc textibus paulo ante adductis: *iunct. l. 17. C. h. tit.* ſed Iaſoni pro diſſ. adducto fit iniuria, qui loco citato hoc ipſum omnino confirmat, *& in fin.* hoc adiicit, non quod illa clauſula inſit ſtipulationi pœnali, ſed quod intelligatur in eſſe bonæ fidei contractibus: quod tamen verum eſt non bene probari ex *l. 28. d. action. empti.* Ergo niſi adiecta ſit clauſula iſta, alterutro contentum eſſe oportet, per Textus prædd. Nec obſtat *l. qui Romæ 122. §. vltim. de V. O.* quam poſt Accur. & Dd. ita etiam accipiunt. *Cui. & Ant. Fab. in l. 10. § 1. dict. pact.* vt ipſo jure commiſſo ſtipulationi, nihilominus obſtare exceptionem exiſtiment. Atqui ita non ſatis reſpondiſſet Scævola conſulentibus, ſi de nuda ſubtilitate non effectu rei reſpondiſſet, & ijs non dubie fruſtra movendi actionem præbuiſſet occaſionem. Et aliud eſt breviter, aliud inutile reſpondere. Forſan intereſt, an v. c. diviſioni inter ſocios aut heredes factæ, an conventioni remiſſione videlicet pacto de non petendo, vel tranſactioni, in qua ſemper intelligitur ineſſe remiſſio, ſubiecta fuerit pœnalis ſtipulatio; quia pœna ſuccedit loco rei, vt notat etiam Jaſon *in l. 10. §. 1. d. pact. ad Hottom. ill. quaſt. 12.* Obſtat etiam *l. nuda 5. C. d. contr. ſtipulat.* vbi pœna quoque, ex ſtipulatione pacto ſubiecta, petitioni dicitur fere locus. Reſpon. poteſt, vel pactum ibi non fuiſſe gratuitum vel. quod ibi dicitur lite mota extitiſſe conditionem pœnalis ſtipulationis, ex eo non ſequi, vtrumque & pœnam & quod in pactū deductum fuit, peti poſſe, ſed ita demum exigi poſſe pœnam, ſi quod promiſſum eſt purgata mota non præſtetur: cuiuſmodi etiā ſpecies proponitur *in l. ſi pacto 14. Cod. de pact.* Et vt pauliſper in explicationem difficilis loci *in dict. l. 5. C. d. contr. ſtipulat.* digrediamur, videamus, an non teneat poſſit, quod ſtipulatio etiam quæ, actum ſequitur, hoc quaſi veſtiat *argum. l. 17. C. de pact.* ita vt actio ex ſtipulatu etiam à pacto contenta poſſit porrigi, vt ſi conventa non præſtet reus, iam incipiat pœnæ quoque promiſſæ exiſtere conditio, eiuſque exactio eſſe: quæ forte eſt ſententia *d. l. 5. C. d. contr. ſtipula.* in cuius explicatione Dd. variant. *Cuiac. in l. 10. d. pact.* putat promiſſorem teneri aut ex ſtipulatu, aut pati debere, vt ſecum agatur ex pacto nudo. Hoc bene improbat Anton. Fab. ibid. ſed ipſe eum locum non melius, & fortaſſe peius interpretatur, quod videlicet pactum nudū licet nō ſufficiat, vt ex eo agi poſſit, ſufficiat tamen, vt quis ex eo petere & litē conteſtari poſſit. Eaque ita conteſtata nec ſequuta ſolutione, committi ſtipulationem pœnalem: in eoque errare ait omnes interpretes, quod hęc non diſtinxerint. Verum poſterius hoc nimis audenter, ne dicam impudenter: affirmat: ſiquidem, quod ex ijs, quæ *Cyn. Caſtren & alij & præcipue Salic.* pluribus tradit *in d. l. 5. & in l. ſi pact. 14. C. de pact.* perſpicuum eſt, communis Citramontanorū iſta fuit ſententia, pactum nudū ad id ſufficere, vt quis de facto petere & litem conteſtari poſſit. Et hæc tamen opinio abſurda, & à ratione iuris abhorrens videtur. Certiſſimū quidē eſt, ſuper qua obligatione litem cōteſtari poſſumus, eam etiam ad actionem efficacē eſſe oportere. Equidem formula præcedebat litis conteſtationē. At qui dabit prætor formulā vbi nulla actio eſt? Quomodo litis conteſtatio fieri poterit ſuper obligatione, quæ in judicium deduci non poteſt? Per litis conteſtationem in judicem conſentiebatur, judicium accipiebatur, & ea facta ad judicē partes mittebantur: per eā obligationis præcedentis fiebat quædam novatio. Qui locus hic eſſe poterit in obligatione, quam ius ciuile non agnoſcit? & in hanc rem vel ſexcentis vti argumentis liceat. Ideoque Vltramontani teſte Salic. *in d. l. 5. num. 5.* ita eum locū explicarunt, vt interpellatio ſola ſufficere debeat ad committendum ſtipulationē pœnalem, ratione exiſtentis conditionis, quod conuentio nuda de dando, intelligitur cum petiero: licet non ſufficiat ratione moræ: quod ex vulgata

 regula

regula juris, nulla intelligatur fieri mora, vbi nulla eſt actio: quamuis ſpeciale dici poſſit, vt, quoniam promiſſor pœnalem ſtipulationem ſubiici paſſus fuit, ex tacita quaſi conventione etiam re poſt qualemcunque interpellationem non præſtita mora contrahi, & ſtipulatio committi videatur. Sed evertere videtur hanc ſententiam, quod *in d. l.* 5. poſt moram demum itẽ conditio ſtipulationis dicitur extitiſſe. *Hotomann.* plane ſingularis *ill. quæſt.* 10. ſæpe *d. l.* explicar de pacto remiſſorio. Verum & particula, *preterea.* & principium *l.* de pacto promiſſorio agi ſatis evincunt. Nos hanc rem, cum ea ſit extra propoſitam tractationem in medio relinquimus.

DISPUTATIO VIII.

DE POSTVLANDO ET INFAMIA.

Reſpondente

IOANNE BURCARDO Myſnico.

THESIS I.

LIT. A.

D*Iſſ. Briſſ.*] Non animaduerto, quomodo improbare poſſit iſtam acceptionẽ verbi *poſtulare*, quæ in iure noſtro & apud alios autores frequens eſt, & ex illo ipſo Senecæ loco, quem Turneb. citatus (vbi tamen de ſignificatione huius verbi, nullũ verbum, ſed de maleficio inſcripto) adducit, probatur: ita enim habent poſtrema verba *Deinde adultum prætori dixi & INGRATI poſtulaui.* Neq; Briſſ propterea altero modo verbum iſtud vſurpati negat, vtpote qui expreſſe loco allegato 2. *ſelect antiq* 1. vbi de veteri iudiciorum publicorũ ritu tradit, quod accuſaturus nomen rei recipi poſtulabat: qui etiã 5. *de form P. R pag. mihi,* 400. generalem eius verbi ſignificationem adſtruit.

LIT. D.

Quod qui præſtant aduocati dicuntur.] Inaduertentia hic labitur Treut. qui definitione generali *Suum vel alterius* hanc ſubiicit explicationẽ & appellationem, quæ non niſi iis conuenit, qui alterius deſiderium exponunt, non qui proprium; idque etiam proprietas verbi arguit.

LIT. E.

Quæritur initio, an minor 25. annis, qui impleuit 17 annos, ſit legitimus procurator ad iudicia quod affirmat Treut. eamque olim ſententiam fuiſſe *Oldradi & Iacobi de Aren. teſtantur Iaſ. in addit ad Port. in §. Iuſta 5. I. quibus ex cauſ manũ. Cyn & Salic in l. exigendi. C. de proc.* apud quos iſtius opinionis hæ extãt rationes. 1 Quod huic ætati ad poſtulãdum idoneæ nihil obiici poſſit, quo minus procuratorem ad iudicia agat, pro alio, quippe hic ceſſante (quod ſolum in idoneũ minorẽ facit) beneficio reſtitutionis, cui in fauorem tertij, & vbi minor ex mandato aliquid agit, locus non eſt *l. cum mandata 23. de minor* 11. argumentum à contrario ſenſu *ex l. minor. 51 d. procurator.* 111. *d. §. 1. iuſta 5. iuncta l. ſi collectaneus de manumiſſ vindict.* quod alias iuſta ea manumittendi cauſa non eſſet. Ad quod tamen non male *Salicet. & Cyn. & alij Dd vulgo.* reſpondent, lõge commodius & expeditius per liberũ hominem negotia expediri. Et eſt ea communis Dd. ſententia, quod minor procurator ad iudicia eſſe non poſſit, quæ præter textus *in l. minor. 51. & in l. exigendi 12. C de procurat* (vbi legitimã ætatem de 17. annis explicare, videtur duriuſculum) tribus rationibus per Dd. confirmatur. 1. Quod cũ procurator fiat dominus litis, in eoque adeo fundetur iudicii ſubſtantia, ipſius perſonã omnino idoneam & legitimam eſſe oporteat, cum præſertim in procuratorem rei mortuo iure detur actio iudicati *argum. l. 4. de re iudic.* 2. Quia multa in iudicio interueniunt, interrogationes & reſponſiones, contumacia partis & nõ raro poſt litem conteſtatam cautiones deſiderantur *argum. l. 17. 18. & 21 de rei vindic.* in quibus & aliis minor lædi, & in integrum reſtitutionẽ petere, & ita nunquam ſatis conſultum aduerſario, ſed ſemper periculum, ne acta in iudicio eluſoria redderẽtur, eſſe poſſit. Cui accedit tertio, quod etiam contra ipſum mandatum quo procurator cõſtitutus eſt, ex cauſa minor reſtitui poſſit. Secundũ quæ in opinionem Dd contra Treut. procliuior ſum, minorem pro idoneo procuratore ad iudicia habendum non eſſe, & ex rationibus iam dictis iure à parte diuerſa, ne cum ipſo litigare cogatur, recuſari, cæteroquin ex cauſa admitti poſſe, & eo tacente & patiente aduerſario, admiſſo, iudicium non fore ipſo iure nullum.

Quod hoc anno togã virilem ſumebant] Vt hoc admittamus, inde tamen hoc anno & hac ætate ad iudicia procuratorem quẽ eſſe poſſe non recte videtur inferri. Cæterũ ipſa aſſertio, dubia videtur neq; putarim certũ hic aliquid perpetuo & conſtanter obſeruatum fuiſſe. De Octauio

ſcribit

Digitized by Google

ſcribit *Sueton. c.8.* Duodecimum annum agens auiam Iuliam defunctam laudauit: quadriennio poſt toga virili ſumpta &c. Idẽ de Nerone *c.7. in fin.* deductus in forum tiro, &c. *& cap ſeqq. in prin.* 17. annos natus imperator conſalutatus eſt. Quia huic rei irregulariter tempus pubertatis deſtinatum fuiſſe, colligere liceat ex illo *Horatii 1 oda. 16.*

- - - - - Memor
Acta non alio rege pueritia,
Mutataq; ſimul toga:

Ex quo hoc etiam notare videtur *Turneb. 9. aduerſ. 14.* & facit illud *Senec. epiſt 4.* tenes memoria quantum ſenſeris gaudium, cum prætexta poſita ſumpſiſti virilem togam, & in forũ deductus es: maius expecta cum puerilem animum depoſueris. Neque aliud pueritiæ finitæ tempus quã pubertatis intelligere poſſis: iuuat locus *ex Tertull. de virgin. veland. pag. 9.* Tempus etiam Ethnici obſeruant vt ex L. naturæ iura ſua ætatibus reddant: nam fœminas quidam à 12 annis maſculum verò à duobus amplius ad negotia mittunt. Quid autem aliud poſſit eſſe mittere ad negotia, quam mutata toga deducere in forum.

Idem certum iure Saxon minorem &c.] Male hoc tanquam ſpecialiter ex iure Saxon certum proponitur. quod non minus certum eſt iure ciuili: quod videlicet minor in cauſa propria, & ex perſona ſua litigans ſine curatore idoneam perſonã ſtandi in iudicio non habeat de quo quidẽ caſu agere Treut. arguit tum mentio facta curatoris, tum citatio Riuan Romas. qui eundem tractat caſum. Et ergo nulla hic inter ius ciuile & Saxon differentia.

Probationem pubertatis per inſpectionẽ &c] Aut intelligit inſpectionem honeſtam externæ habitudinis, & eã nõ ſuſtulit Iuſtin. aut inſpectionem nudi corporis. & ea aut tempore Iuſtin. fuit in vſu, & ex ipſius Treut. ſententia merito eam ſuſtulit Iuſtin. aut non fuit in vſu, & ne quidem ſuſtuliſſe eam dici poteſt. Cæterũ quod ad priorem ſpeciem attinet, ea vtimur aut ad probandã pubertatẽ, aut ad alios effectus. Quod ad illam finis eius eſt vel ius contrahendi nuptias, vel liberatio a tutela. Quoad illum, inſpectio habitus corporis nullius poteſt eſſe momenti: ideoque ineptum eſſe videtur, quod de æſtimanda pubertate ex lanugine barbæ circa os erumpẽtis proponit Treut. tum quod rariſſime anno 13. aut circiter illud contingere ſoleat: Tũ quod in æſtimãda quacunque ætate iudiciũ eſt ac plane lubricũ ſit & fallax. Effectus liberationis à tutela pendet à mera diſpoſitione legis. Alius effectus inſpectionis huius poteſt collocari in probanda maiorennitate: & hic tamen procul dubio incertus etiã & fallax eſt. Nuda corporũ inſpectio probatur *Platonis 11. d. ll* An autẽ ea Romanis probata, nõ ſatis liquet magis eſt vt nunquã Romanos ea vſos nõ exiſtimẽ. Et fruſtra ad eã probãdã *ab Hottom. ad prin. l quib. n. od ius fin.* affertur §. *vltim. ex tit Vlpiani dict. tutel.* quoniam ibi corporis habitu puberẽ apparere non ſignificat inſpectione corporis talẽ apparere, ſed generandi facultate puberẽ ſe approbare. Eoque pertinent verba *l 4 qui teſtam fac poſſ. etſi nondum vigoris emerſiſſent veſtigia.* Non facit etiam quod *Marcillius ad ll. 12. tab c. 27* notat nullum *ex ll 12. tab.* diſcrimen fuiſſe tutelæ & curæ, eoque adeo iure præcedente inſpectione corporis in ſuã tutelã veniſſe. ad quod confirmandũ locum *ex Platonis l 11. d. ll* adducit. Etenim præterquam quod illud nõ ſatis probatur, multo minus ad effectũ finiendæ tutelæ corpora nuda inſpecta fuiſſe probatur: neq; Plato ad hũc effectũ, ſed ad cognoſcendã aptitudinẽ, ad cõtrahendũ matrimoniũ corpora inſpici voluit. ita enim ille *d. l. 11 d. ll.* τλὼ δὲ τὸ τῶν γάμων χρέιν συμμετρίαν τε κ̀ ἀμετρίαν ὁ δικαςὶς σκοπῶν, κρινέτω, γυμνὸς μὲν τὰς ἄρρενας, γυμνὰς δὲ ὀμφαλοῦ μέχρι θεώμενΘ τὰς θηλείας. Nihil etiam facit locus *ex Quintil. declam 279* vel quia ex eiuſmodi Rhetorum locis nihil ſolidi probatur: vel quia ad aliũ planè finem ibi nudatio poſtulatur, vt oſtendatur, filium impuberem, cui pater vxorem dederat, nondum eſſe maritum, neque adeo iure abdicari a patre ex ea cauſa, quod quem eum vxore deprehenderat, accepta pecunia dimiſiſſet. Neque tandem hanc inſpectionem confirmant textus citati *Marcill. dict. loco ex lib. 3 §. 1. d. minor A penult C ſi minor ſe maiorem & Harmenop. lib. 1. tit 12. §. 54.* quia loquuntur non de pubertate, ſed de perfecta ætate 25 annorum, de qua quidem ex aſpectu nudi corporis iudicium facere fuerit impoſſibile. Idque vt maxime concedatur, quod tamen veriſimile non eſt priſcis Romæ temporibus tale quid factitatum fuiſſe, hoc tamen ad excuſandum Iuſtinianus ſiue Tribon. ſufficere nequit, ſibi ſublatam iſtam inſpectionem attribuentem: ſiquidem pubertatis & tutelæ tempora, quod ipſe Marcill. ſcribit, definita fuerunt à media Iuriſprudentia: nam commentitium eſt, quod idem addit, non ſimul abolitam, ſed adhuc vſurpatam inſpe-

Digitized by Google

ctionem fuiſſe: cui quidem aſſertioni adſtruendæ, nec rationem nec autorem adducit, neque eius vllum in iure noſtro veſtigium, quo conſtantiſſime anno 14. in maſculis pubertas definitur: idque confirmat locus ex Tertull. qui ſub Seuero & Anton. 300. ante Iuſtin. annis vixit, *in libr. d. veland. virgin.* maſculum, inquit, Ethnici, à 4. annis ad negotia mittunt, pubertatem in annis non ſponſalibus aut nuptiis decernentes *Vide etiam Reuard. 4. varior. 10.*

Annum vltimum pubertatis] Abutitur hoc verbo, & pubertatem confundit cum maiorennitate.

LIT. C.

Qui pauperi clienti.] Cum dixiſſet, quod aduocatus pauperi gratis inſeruire teneatur, & tamen ſi in cauſa obtineat, nihilominus ſalarium conſequatur. huic non ſatis recte ſubiicit autores pro & contra adductos: quia apud illos, nec de ſolario hoc caſu aduocato concedendo, nec omnino de aduocato pauperis, ſed in genere diſputatur, an aduocatus cogi poſſit impertiri ſuum officium. In qua quæſtione affirmatiua ſententia vera eſt, *per l. §. 4. d. poſtul. ibi, ſi non habeat aduocatum, ego dabo* & quia hoc officiũ, quia publicum eſt, vt recte notat Decius *l. in invitus. 156. alias eſt 99. d. reg. iur* & ipſe pro diff. adductus Viuius ipſo loco citato: qui adeo *n. 3.* ſibi cõtradicere videtur; niſi forte intelligit nudam interpellationem patris. Nihil plane ad rem facit *d. l. 56.* qua nec ipſe vtitur Viuius, & ea de defenſione loquitur: licet præter mentem Accurſ. Dec. Petr. Fabr. Cuiac & aliorum ibidem, textus ille aliam explicationem commode recipiat: quod ſcilicet nemo inuitus cogatur rem defendere, id eſt, excipere rei vindicationem, ſed rem deſerendo eam euitare poſſit, *l. vlt. d. rei vindic.*

THESIS II.

LIT. A.

Nam qui olim poſtulabant.] Ratio hæc interdictæ poſtulationis fæminis non concludit, tum quia inde ſequeretur, fœminas nunquã poſtulare potuiſſe, & tamen prohibitionis ratio *in l. 1. h. tit.* confertur in improbam fæminam Carfaniã: tum quia ex ea nec pro aliis fœminam poſtulare poſſe ſequeretur: tum denique, quia quod de ordine poſtulantium proponitur, proculdubio particulare eſt, neque dubium; quin etiã vnus aliquis ſolus poſtulare potuerit, cum præſertim vero ſimile ſit, prætorem etiam domi ſella poſita poſtulationes audire & admittere potuiſſe, per notata ad *diſp. 4. th. 1. lit. D.*

Iure Saxonico ne quidem.] Incongrue & inſubtiliter dicitur, mulierem non poſſe iure Saxonico in iudicio pro ſe verſari & poſtulare, niſi per curatorem ad litem.

Et certe mulier quandoq; virtutis heroicæ & ſceptri. &c.] Valde frigide hoc connectitur cum eo, quod de procuratione extraiudiciali ad negotia dixerat? & egregia ſcilicet illatio eſt a vili procuratione negotiorum ad ſceptrum. Cæterum quod ad rem ipſam attinet, Trent. poſt Lipſium & alios politicos hanc regulam ponit de fœminis, eas ſceptri capaces, niſi lex vel mos patrius veret. Ego vero hanc potius ponendam eſſe cẽſeo, eas ſceptri non capaces, niſi lex vel mos patrius expreſſe admittat: & ita quidem, vt huiuſmodi legem aut morem non benè ſe habere ſtatuam. Etenim ipſa lex diuinà fœminam ſubiicit mari: quod etiam ad politicum imperium non male trahitur, quia imperium fœminarum in Reſpon. conſequitur imperium œconomicum in familia. Et aliquam multis locis in politicis diſputat. Ariſtot. illud demum imperiũ rationi conuenire, quo præſtantior imperat inferiori; atqui fœminæ natura ſiue corporis ſiue animi dotes reſpicias, viris longè ſunt inferiores quod latiſſime oſtendit *Tiraq. in L. 1. connub. nu. 55. & ſeqq.* quin imo natura fœminam mari tanquam præſtantiori ſubiectam eſſe, *Ariſtot. 1. pol. 3.* docet his verbis ἔτι δὲ τὸ ἄῤῥεν πρὸς τὸ θῆλυ φύσει, τὸ μὲν κρεῖττον, τὸ δὲ χεῖρον, καὶ τὸ μὲν ἄρχον, τὸ δὲ ἀρχόμενον. Et virtutes proprias principis percurramus, eas vix & rariſſime in fœmina reperiemus. Accedit quod fœminarũ imperia cõſequuntur incommoda quædã politica præſertim circa matrimonia, per quæ plerũque imperia in alienã familiã & natiónẽ transferuntur. Et ſcilicet fœminarũ munus & officium eſt adminiſtrare rem domeſticam, ſeruare domum, tractare lanificium, quod notat *Stobæus ſermon. 3. & Xenoph. in republ. Spart. in princip.* eaque de cauſa nouæ nuptæ apud Romanos lana prælata fuit. & recte Pericles apud *Thucid. l. 2.* hanc virtutem maximam fœminarum prædicat, ſi quã minimus de iis ſiue in malam, ſiue in bonam partem ſit ſermo. Verum de his pluribus hic agendi locus nõ eſt; paucis ſaltem allegata Trentle excutiamus. *Ariſtot. 2. Politic 7.* in republic. Spartana hoc inter alia improbat vel maxime, quod omniam licentiam permiſerint fœminis. *Tacitus de moribus German.* refert, Germanis fœminas in honore habitas, & iis ineſſe aliquid ſancti & prouidi putaſſe: & in caſtris quoque fœminas

Digitized by Google

fœminas quaſdam circumductas, ex quarum conſilio etiam prælia inirent, teſtes locupletes ſunt *Cæſar lib. 2 de bell. Gallic. D. d. l. 58. in fin.* ſed imperaſſe apud Germanos fœminas Tacitus nõ ſcribit; quin imo *d. libello de morib. German. in fin.* de gente Germana Sitonum tanquam ſingulare ſcribit, cætera, inquit, ſimiles, vno differũt, quod fœmina dominatur: & ex eo ipſo loco, quod eius iudicium hac de re ſit colligere licet: ſiquidem ſtatim in hæc verba ſubijcit: in tantum non modo a libertate, ſed etiam à ſeruitute degenerant. Et idem *lib. 3. annal.* non imbecillem tantum & imparem laboribus ſexum, ſed ſi licentia adſit, ſæuum, ambitioſum: *& 1. annal.* vbi de incommodis dominationis Tiberij accedere matrem muliebri in potentia, ſeruiẽdum fœminæ &c. Et de ipſis Britannis, quos in imperio ſexum non decernere *in vita Agricola* ſcribit, hæc apud eundem 12. *annal.* leguntur: accenſi hoſtes, ſtimulante ignominia, ne fœminæ imperio ſubderentur: Scilicet non imperare tantum, ſed exæquari fœminas viris turpe eſt, vt *Auguſtus apud Dionem lib.* 50. milites ad pugnandum contra Cleopatram incitans, ait. Et *Thuan. lib.* 16. exemplis oſtendit ſemper in Gallia exarſiſſe motus, ſi quando fœminæ rerum clauo admotæ fuiſſent: quod pluribus exequitur *Hottom. in Franco Gallia & d. lib. Thuan.* legibus Francorum fœminas non ſolum à regni ſucceſſione remoueri, ne per earum connubia exterorum principum dominatui ſubderẽtur, ſed à publicorum quoque negotiorum procuratione: quod legum illarum conditores parũ decori & ſecuritati proſpectum exiſtimarent, ſi impotentium ingeniorum arbitrio regerentur. Facete *Auentinus lib.* 1. editionis German. ſo bald die Weiber regieren / bedeutet es nichts guts / man ſchawe nur darauff / es gehet an ein Verderben: & paulo ante de Ægypto regno es war ſchon von Gott zuuor beſchloſſen / daß es zerbrochen ſolt werden / darumb muſt es zuletzt auff ein Weibsbild fallen. Cæterum Plato in republ. quam ipſe opinionis errore ſibi finxit, mulieres etiam ad Magiſtratus & ad bellica exercitia admittit. & cum viris eas inſtitui nudaſque vult exerceri, *lib. 5. de Republ. lib. 6. de LL. in fin. lib. 5. de LL. ex editione Serrani pag. 804. & ſeq. & lib. 8. de LL. p. g. 833.* Verum errorem illum *dict. lib. 5. de Repub. in notis confutat Serranus*; neque ille hactenus aſſertorem nactus eſt. Et idem Plato rectius ſentiens *Alcibiad. 1. pag. 125. in fin* Lanificium vocat γυναικεῖον μάθημα. *Et in Menone p. 73.* ait eſſe ἀνδρὸς μὲν ἀρετὴν πόλιν εὖ διοικεῖν, γυναικὸς δὲ οἰκίαν. *Plutarchi libellus de virtut. mulier* non eſt de virtutibus Imperatorijs, & Principe dignis: & alias vna hirundo ver nõ facit, Lipſius vixit ſub imperio Hiſpaniorum apud quos fœminæ ſceptri capaces. Autoritas *Iuſtin ex Nouell. 8. cap. 1.* huic rei fundus eſſe non poteſt: nam præterquam, quod Theodora coniux ipſius vtique non imperauit, in exemplum quoque & argumentum trahi non poteſt, quod Imperator ille vxorijs ſeruiuit ſeruitutẽ imperijs, quod attigimus ad *diſp. 2. Theſ. 1.* Nec tamen ille hic peccauit ſine exemplo, & hac in re faciliores Græculi quod doceri poteſt ex *Niceta*, qui *lib. 1. de Imperat.* Alexio ſcribit, eius vxorem ipſi, dũ legationes audiret, aſſediſſe in ſolio ornatam, neque minus quam ipſum à ſubditis cultam & adoratam fuiſſe: & *Niceph. Gregoras lib. 2.* de Iohanne Duca & coniuge in hæc verba ſcribit. ἦσαν γὰρ ἄμφω τὴν βασιλείαν ἰθύνοντες πάνυ σεμνῶς καὶ κοσμίως. Cæterum priſcis Romanis aliud iudicium fuit quod præter ſexcenta hiſtoricorum loca, oſtendit oratio *Catonis apud Liuium* 34. Inſolitum inquit *Tacitus 12. ann.* fœminam ſignis legionum præſidere, & ea erat tamen vxor Imperatoris. Heliogabalo inter grauiſſima ſcelera obiectum fuit, quod matrem in Senatum induxiſſet. & poſt eius mortem cautum, ne vnquam mulier Senatum ingrederetur, vtque inferis caput eius deuoueretur, per quẽ id factum eſſet. Quæ diſco ex *Lampridio in Heliogabalo.* quem male pro ſe adducit Treut. & idem autor in Alexandro Seuero auaritiam matris Mammeæ Alexãdro optimo principi mortis cauſam fuiſſe tradit: quod pluribus in ipſius vita docet *Herodianus lib. 6.* vbi in extremo ita concludit. πάντα γοῦν ἂν ἡ Ἀλεξάνδρου βασιλεία εὐδοκίμησεν εἰς τὸ ὁλόκληρον, εἰ μὴ διεβέβλητο αὐτῷ τὰ τῆς μητρὸς εἰς φιλαργυρίαν τε καὶ μικρολογίαν. Denique ex *Tiraquello in l. 11 connubi l.* virtutes Imperatorias fœminis ineſſe non probatur, & ſupra adduximus eundem autorẽ *ad l. 1 Connub. num. 55. & ſeq.* vbi mulieres corporis & ingenij dotibus maſculis inferiores eſſe probat. Sed de his plus ſatis.

Virtutis heroica.] Hyperbolice loquitur, aut hoc verbo abutitur. certe non vtitur ex mente *Ariſtot.* qui *Et. hic cap. 7.* heroicam virtutem definit ὑπὲρ ἡμᾶς ἀρετὴν καὶ θείαν: & eod. cap. eius generis hanc virtutem eſſe ait, vt per eam

Digitized by Google

homines efficiantur Dij: quod ſane genus virtutis in fœminam non cadere videtur.

LIT. B.

Initio repetit quæſtionem ſupra quoq; diſp. 4.th.1.propoſitam, an iudex poſſit eſſe cæcus: quod ratione ibidem tradita confirmat: quia de cauſa nos quoq; ibid. notata huc repetimus. Plane ſiquidem neceſſarium eſt, vt iudices ex ſcripto ſententiam recitent *l.1.2 & 3. C. de ſent. ex breuiculo. &c.* cæcus iudicare nō poterit. quin & officio ſuſcepto cæcus factus, munus iudicādi deponere cogetur. Cui cum repugnat *l. 6. d. iudic.* Diſtinguendum fuerit aut inter ius vetus & novum aut inter cauſas grauiores, & viles ſummariaſue *arg. auth. niſi breues C. d. ſ. N. uere. 5. cap. 2. & Nou. 83. in pr.* de quo pluribus agitur infra diſput. 12. th. 7. lit. C.

Quorum ſententia hodie &c.] Hac diſtinctione quæſtio iſta expediri non videtur: quia licet magiſtratus nō amplius iudices dent pedaneos, attamē cauſas delegare poſſunt, & maxime ſingulares & ſpeciales: ideoque hodie adhuc ſupererit quæſtio, an ad aliquam cauſam cognoſcendam & diſceptandam cæcus delegari poſſit.

LIT. C.

Ad hunc ordinem referendus eiuſdem negotij iudex.] Atquin hic male ſub ordinem eorum, qui pro alijs quibuſuis poſtulare prohibentur, referri videtur: quia vtique tantum in illo negotio poſtulare prohiberi poteſt. Quod ſi ponas in ea cauſa vt magiſtratum, ius dixiſſe, aut ponendum erit, nō amplius eſſe magiſtratum, aut apud alium cauſam agi. Qui tamen caſus ſingulares ſunt, & vtrobiq; fruſtra & nulliter de mādanda Iuriſdictione diſputatur (& vel ideo non ſat bene, quod in dubia iudicis appellatione pedaneū intelligi.) Sed pertinet hoc ad quæſtionem inuerſam, & ab hoc loco alienā, an ſuper ea cauſa, in qua quis poſtulauit, ius dicere poſſit: a quo recte fecerit ſi abſtineat *argu l. 17. de iuriſd.* & proculdubio iuſta hæc iudicis recuſandi erit cauſa. Porro de tertio adhuc caſu agitur loc. cit. ex ordinatione Cameræ, quod aduocatus, in ordinem aſſeſſorum cooptatus, operam ſuam partibus amplius præſtare non poſſit.

Olim hoc caſu] Non animaduerto quid operetur particula, *olim*: nihil enim hic reperitur mutatum, hodieque in iſto caſu recte atque ordine faciet iudex, ſi alteri partes ſuas committat.

Aduocatus meus teſtis] Prius hoc quidem certum *per l. vltim. de teſtibus & cap. vltim. extra eod. in 6.* ſed poſterius aliquanto dubium, quod inuitus parti aduerſæ teſtimonium perhibere nō cogatur: ſiquidem regulare eſt, vt qui teſtes eſſe poſſunt, etiam cogi poſſint, exceptis certis perſonis *per l. 16. C. de teſtib.* Facit tamen pro Treutl. quod mediator, niſi vtraque pars conſentiat, teſtis eſſe non cogitur *N. 90. cap. 8.* nec valde abſimilis in aduocato ratio eſſe videtur, & plenum inuidiæ eſt, cogi aliquem teſtimonium ferre contra eum, qui omnia arcana cauſæ ipſi commiſit, adeoque V. C. actorem ex domo rei teſtimonia petere.

Tales autem pro ſe poſtulare non puto prohibitum.) Cum hoc nihil habeat quo referatur, niſi aduocatum qui de quota litis pactū fecit, rectius numero ſingulari vſus fuiſſet Tr. Cæteroquin vera videtur iſta ſententia *arg. l. 5. C. de poſtul.* vbi talis aduocatus dicitur remoueri à profeſſione. Verum contrariam ſententiam non recte videtur imputare Dd. ſi quidem apud *Gloſſ. Cyn. Bart. Bald. Salic. et. Caſtr. in citata l. 5. C. de poſtul.* nullum de iſta quæſtione verbum.

An quis pro ſe poſtulans, &c.) Videri equidem poſſit paulo ſordidius, in propria cauſa petere aliquid pro opera præſtita: attamen vice verſa non debet ex hoc accidenti aduerſarij calumnioſi conditio fieri melior, cum vtique per aliam cauſam ille agere potuiſſet. Et euidētior erit ratio, ſi alias cauſas neglexiſſe, adeoque reſpectu lucri ceſſantis damnū eum ſenſiſſe probetur: quo quidem caſu, communiſſimam eſſe ſententiam, vt aliquid ſalarij nomine peti poſſit teſtatur *Boerius deciſ. 2. 10. n. 3.*

LIT. D.

Non ad omnes contractus) Non animaduerto, cur hic improbet Bald. & Coſtalium. Vtique regulare eſt, quicquid in iure noſtro de affinibus dicitur, ſoluta affinitate non habere locum: & qui regulam ponit, non negat exceptionem: cū præſertim Baldus loquatur de privilegio & iure aliquo affinitati conceſſo, quo non pertinet caſus *in § affinitatis Inſt. de nuptijs.* Cæterum vt aliter ſtatueret Bald. in vltimis voluntatibus, occaſionem ipſi præbuit ipſa *l. vlt. C. d. V. S.* ex qua fidei commiſſum relictum familiæ, etiam genero & nurui debetur: quæ quidem deciſio, locum habere non poteſt, niſi affinitas & quidem morte ſoluta proponatur, quod alias prior & potior ſit liberorum conditio: eoque, cum caſus hic ſit ſpecialis, generaliter illud affirmare nolim.

Niſi quatenus reſtituit) Paulo inconcinnius hoc

Digitized by Google

hoc dicitur, quia hoc facto non amplius infames ſunt.

LIT. E.

An principe ſenatu vel prætore] Explicanda erat expreſſius huius coniunctionis ratio, & eſt ſane ea æquiuoca. Nimirum reſtitutio famæ fit vel immediate, & directe, videlicet à principe vel ſenatu, iure regalium: vel mediate & oblique, & hæc etiã per prætorem vi iuriſdictionis vti ſi adverſus rem iudicatã reſtituat damnatũ ex cauſa famoſa, vt de integro negotiũ cognoſcatur. Hæc explicatio ſatis cõmoda eſt, neque adeo neceſſũ, vt cum *Ant Fabr. l. 1. 5. de quo q. h. t.* Triboniani eſſe ſtatuamus. Quod quidẽ duplici ratione efficere conatur Ant Fabr I. Quod hæc ſint diverſa reſtitutionis genera. Verum nihil abſurdi eſt, diuerſa cum adiectione diverſorum effectuum & modorum proponi, cum vtique conveniant in communi genere II Quod ſtylus ſit Triboniani, *ſpeciebus, exequemur titulo.* Verum in his nulla eſt barbaries, quin imo hæc verba pura & terſa eſſe tum aliis ICtorum, tum autorum aliorum locis haud difficulter probari poſſit: quin nec mirum videri debeant, ſi in ſcriptis ICtorum noſtrorum, qui ab ætate Ciceronis abſuerunt longiuſcule, interdum verba minus elegantia reperiantur: quippe cuius generis etiam in aliis autoribus per multa Critici notauerunt.

Addo & Collegium Cardinalium] Contrarium verius videtur quia quod olim ſenatus reſtituere poterat, veſtigiũ erat veteris liberæ Reipubl. & ſenatus ille ſeparatũ à principe corpus conſtituebat, neque ſenatores illius collegij cõſiliarij principis dicebantur. Alia ratio eſt vbi ſenatus vnum cum principe corpus conſtituit, & conſiliarij principis ſi reſtituunt, nõ iure proprio, ſed nomine & autoritate principis id faciunt Cardinales autem non collegium ſeparatum à Papa conſtituere, ſed nihil aliud niſi cõſiliarij ipſius Papæ eſſe videntur Cæterũ an Accurſ. & alij recte allegẽrut pro diſſ. dubito: quod illi hoc tantum Cardinales præfectis prætorio comparat: tradunt ex *l 8 C d. epiſcop aud.* vbi idẽ privilegium tribuitur epiſcopis, quos qua tales conſtat reſtituere non poſſe. Niſi forte hoc inde colligit Treut. quod præfecti prætorio reſtituere nõ poſſunt. Atquin incluſio vnius non eſt excluſio alterius, neq; qui Cardinales & præfectos prætorio cõparat in vno, in omnibus dicit eſſe æquales, ſed & Accurſ non de collegio Cardinalium, ſed ſingulis Cardinalibus tractat.

Solũ principem & ſenatum.] Sapiunt hæc quandã correctionẽ, quæ tamen nulla eſt: quia prætor eo modo quo princeps, nunquam habuit jus reſtituendi. Cæterum ſenatus conniventia magis principum, quam proprio jure poteſtatem reſtituendi damnatos vſurpaſſe ſibi videtur.

Idẽ eſt ſi advocationis interdicta, &c.] Ait Treut. ſi tempus hoc vel exilium temporale finitũ ſit, licet adhuc quis inter infames habeatur, ad poſtulationem tamen eam infamiam non porrigi, per rationem *l 8 h t.* In quibus verbis hæc animadverſionem mereri videntur. I. Quod generaliter affirmat poſt interdictionis tempus prohibitos adhuc haberi inter infames: etenim cum prætor tempus interdictioni præfinivetit, neceſſaria conſequentia poſtea jus poſtulandi cõceſſit & ergo nõ habuit inter infames quippe quod hos poſtulare noluit. Et ergo. II. Quod præſuppoſita infamia durante, jus poſtulandi conceſſit. III. Quod nimis generaliter affirmat, finito pœnæ tempore infamiam durare, excepto vnico effectu juris poſtulandi, qui nullus aut exigui eſt momenti Et denique. IV. Quod ad iſtum effectum poſtulandi reſtringit rationem *l. 8. h. t.* quæ tamen generalis eſt: *ne pœna tempore determinata contra ſententiæ fidem vlterius porrigatur.* Cæterũ in hac quæſtione ad theſin revocata tres caſus diſtinguendi ſunt: aut enim imponitur pœna delicto gravior, aut levior, aut par & æqualis. Primo caſu irrogatione pœnæ gravioris cenſetur transactũ de exiſtimatione, ita vt vel ſtatim, vel poſt tempus adiectũ nulla ſit infamia: quia cũ lex plus accipiat quã ipſi debetur, ipſa quoque viciſſim aliquid remittit: probatur hoc *in l. 13 § penult. de his qui not. infam. l 4. Cod. eod l 15 in prin ad municip. l. 10 § vlt. de pœn. l. 16 § 1. d furt* ſi modo pœna ad vindictã publicam ſpectet, & in ipſa ſententia pœna gravior irrogata, & quidem reipſa & vere pœna gravior ſit: quod ſi enim ex mente legis propter aliquam circumſtãtiam pœna fuerit aggravata, non poteſt videri transactum de exiſtimatione per dictos textus *Scip Gent. 3. de iuriſdict. cap 35* Altero caſu pœna levior impoſita facit, vt in alio reus gravetur *per l 3 in prin de decur.* Cui obſtare videtur *l. 3. C. d his qui not. infam.* niſi forte ibi ſpeciale eſt, quod cognita cauſa & iuſtis rationibus pœna proponitur mitigara, quod & notat *Sich ibid.* vel potius quia *in d l 3* pœna conſiſtit in ſola remotione ad tẽpus ab ordine: quæ ſpecialis determinato facit, vt

tempore

Digitized by Google

tempore finito in ordinem regrediatur. Tertius caſus, vbi æqualis pœna impoſita eſt, quod quidem in dubio præſumitur, intricatiorem habet tractatum. Et quidem ipſa ratio, hanc initio diſtinctionem ſuppeditare videtur, an ipſi infamiæ tacite adiectus ſit terminus, an non ſit. Illud fieri intelligitur, ſi quis citra aliam pœnam ad tempus moueatur ab ordine, aut alicui interdicatur advocatione: quia ipſa hæc determinatio poſt tempus elapſum eum ad ordinem & officium advocationis admittere videtur per *dict. l. 3. C. ex quibus cauſis infam. l. 1. C. de his qui in exil. l. 3. §. 1. de accur.* ſed obſtat diſerte *l. 5 de pœn.* & arg. a contrario ſenſu *ex l. 3. in pr. de dec.* quæ etiã pœna indicta, verbi cauſa relegationis, tẽpore finito, finiri probat infamiam: quod oſtẽdit etiã *l. 13. §. 1. d. falſ.* vbi adiecta ratio *quia falſum non fecit, ſed recitauit* euincit alia adhuc diſtinctiõe vtẽdũ, an videlicet delictũ deſcendat ex cauſa famoſa ordinaria, an vero ſit extraordinarium, & quod arbitraria pœna coerceatur: quod diſerte firmat *l. 5 d. decur.* ibi, *ex crimine quod ignominiã importat*; vt ſcilicet hoc caſu etiam finito tempore, ſiue hoc interdictioni & motioni ab ordine ſiue relegationi adiectum fuerit, infamia duret: quia diſtinctione vtitur *VVeſemb. in parat. de his que not. infam. Cuiac. lib. 2. quæſt. Papinian. ad l. 8 de poſtul. an.* Cæterum hæc iuris ratio ſummi improbata videtur ab Imperatoribus, qui indiſtincte ex quacunque cauſa pœna temporalis irrogata fuerit, vltra tempus infamiam noluerunt durare: *d. l. 8. d. poſtul. l. 3. §. 1 d. decurio.* quam differentiam iuris & cõſtitutionum notat. *Cuiacius 7. obſeruat. 19* eodemque labitur *Ant. Fab. in dict. l. 8. de poſtulat.* dicens, Antonium derogaſſe iuri antiquo, quod ex vera & ſeuera iuris ratione obtinebat: vide etiam *Petrum Greg. in Syntagm. lib. 31. cap. 29. in fin.*

Ad hunc ordinem pertinet clericus.] Atqui in theſi hunc ordinem tantum reſtrinxit ad infames: & illud vero aliter proponendum erat, ſi eo etiam clericus referri debebat: nec diſſimili ratione eodem refererur miles, qui non niſi pro ſe & in communi numeri cauſa poſtulare poſſe videtur *l. 8. § 2. de procur.*

Neque contra facientes.] Ait in th. Hæ prohibitiones nec cõſenſu partium relaxari poſſunt, neque contra facientes pœnam euitant. In quibus nulla plane connexio. Cæterum pœnæ, quarum ipſe mentionem facit, priuationis beneficij, & feudi, cum pœna cuius mentio *in l. 1. § 6. inf. h. t.* nihil habent commune.

LIT. G.

Quæ pœna extra ordinem infligitur.] Probatur hæc ſententia *ex l. 1. § 6. in fin. h. t.* & bonam vtique habes rationem, vt mirari liceat iudicium Antonij Fabri, qui totum illum verſiculum Triboniani eſſe contendit: quatuor rationibus. I. Quod in edicto tantum prohibitum fuerit, nec poſtulent *in d. l. 1. § 8.* II. Quod non poſſit prætor indicere pœnã ijs quos ipſe facere admiſiſſe videatur. III. Quod ipſe ſtylus prodat Tribonianum. IV. Quod nunquam a prudentibus prætor dicatur iudex. His rationibus nihil leuius dici poteſt. I. Inepta eſt: quaſi vero in *d. § 8.* omnia edicti verba referantur & quaſi non prætor ſolitus fuerit in fine adijcere pœnam. Eiuſdem farinæ eſt altera: neque enim ſemper vacabit prætori inquirere in perſonas accedentes: & ergo qui ita obrepſerunt, pœna digni ſunt: quid quod etiam aliqui apud iudices pedaneos prohibentur poſtulare? III. Ratio falſa eſt, & itidem quarta, & ea oppido quam temeraria aſſertio Fabri ex quam plurimis autorum alienorum & iuris noſtri locis & vel ex l. 1 d. iudic. confutatur: nec quicquam illo Ciceronis vulgarius: *qui priuata iudicet iudicarive iubent, prætor eſto.*

Clericus contra Eccleſiam.] Videri poſſit inanis hæc quæſtio, an clericus pro extraneo poſtulans contra Eccleſiam, beneficium perdat, ſiquidem clericus pro alijs poſtulare nequeat, ſed tantum pro ſe & certis perſonis *c. vlt. d. poſtu.* quod tradidit Treutl. ipſe lit. E in fin. *facit l. 23. C. d. teſtam.* Verum dici poteſt, quod *d. cap. vltim.* officij ſui admoneat clericos, non vero actum efficiat nullum, neque quicquid dedecet, nulliter fieri dicendum eſt. Quin & non raro qui contra legem aliquid facit, licet res effectum non habeat, punitur. & hoc quod affirmat hic Tr. ex *d. c. vlt.* probatur. Sed illud dubium quod ſtatim ſubijcit, priuari clericum beneficio, etiamſi pro Eccleſia ſua poſtulet, contra aliam Eccleſiam, in qua itidem beneficium habet; quandoquidem *d. c. vlt.* diſerte hanc pœnam irrogat ei, qui poſtulat pro extraneo, & id adeo tanquam pœnale extendi non debet. Adeoq; recte *glo. in d. c.* F, prælatum vnius Eccleſiæ, ratione prælationis, contra aliam Eccleſiam, à qua ſimplex beneficium habet poſtulare poſſe, ſtatuit.

Vaſallus pro alijs contra dominum. Duriuſculum hoc videtur, vt Vaſallus propterea feudo priuetur. Affertur quidem textus *ex l. 2. feudor. 33. §. 1.* vbi

Digitized by Google

vbi hæc duo coniunguntur, accuſare dominũ, & teſtimonium ferre. & quidem in hac materia non male *arg. l. 5 §. 10. & tit. de his quibus vt indig.* Sed reſponderi poteſt, nouum nõ eſſe vt in iure feudali prior ſententia quaſi retractetur per poſteriorem, eoque & hic poſteriorem in *d. §.* propoſitam ſententiam valere debere, vtpote quæ rationi magis conuenit, & ſecundum lectionem Cuiacij, quæ omnino probanda eſt, diſtinguit inter cauſam ciuilem, modicam & grauem. Etenim ſi cauſa ciuilis famoſa ſit, vel de aliqua parte bonorum, merito hoc caſu Vaſallus priuabitur feudo, cum etiam ex hac cauſa reuocari poſſit donatio *l. vltim. Cod. de reuocand. donat.* Atquin facilius eſt vt Vaſallus priuetur feudo, quam vt reuocetur donatio.

Quod aduocatus proſcripti.] Poſſit forraſſe contingere caſus, vt etiam qui aduocando cauſam banniri ſuſcipit, in banni pœnam auxiliatoribus indictam, incidat: quid enim ſi forte poſtulando ſententiæ contradicere eiuſue executionem impedire aggrediatur? Cæterum ratio ſubiecta *quod defenſio ſit iuris naturæ*, non ſatis bona videtur: quoniam regula iſta præcipue pertinet ad defenſionem facti contra violentiam: quæ cum in bannitum licita ſit, qui hoc modo eum defendit, dubio procul in pœnam banni incidet. Sed & vbi ſententia iam lata eſt, proprie loquendo non quæritur de eo defendendo, ſed potius in priſtinum ſtatũ reſtituendo & abſolutione impetranda: quo modo quo minus quis libere bannito operam ſuam præſtare poſſit, nulla dubitatio eſt. Intereſt etiã an de ipſa cauſa proſcriptionis agatur, an de alijs cauſis, ſi quæ forte cõtrouerſiæ cõtra bannitum moueri poſſint: in quibus etiam proculdubio licitum eſt bannitũ defendere, cum præſertim ipſe præſens in iudicio cõparere non poſſit.

Qua ratio cum & in hæretico.] Poſſit tamen tẽtari, hanc eſſe diuerſitatis rationem, non tam quod in caſu hæreſeos maius verſetur periculũ, quam potius quod in ipſa hæreſeos cauſa patrocinium præſtans, eo ipſo ſuſpectum ſe reddere videatur hæreſeos, de qua iudicare non eſt priuati, ſed Eccleſiæ: & verſatur hic periculum quamplurimorum, ne in eandem hæreſin inducantur.

THESIS III.

LIT. A.

Ait in theſi, ſi aduocatus vnius partis rationibus inſtructus ad alteram ſe conferat, eum & præuaricationis & falſi reum eſſe. Cæterum cũ in exegeſi diſſentientes allegaſſet, diſtinctionẽ ſubijcit, an aduocatus expreſsè denegauerit operã, an promiſerit aut præſtare cœperit. Quæ quidem ad ſententiam in th. propoſitam omnino inepta eſt limitatio, ſiquidem qui operam denegauit, rationibus partis aduerſæ inſtructus ad alteram partem tranſire nullo modo dici poteſt: & quod hic qui operã denegauit, falſi aut præuaricationis reus agi non poſſit, extra dubium, & adeo hoc membrum extra caſum in th. propoſitum eſt. Quod ad alterũ diſtinctionis membrum attinet, in eo qui tantum operã promiſit, ſententiam Tr. in th. propoſitam, vix admiſerim: quia pœnalia intra terminos ſuos conſtringenda ſunt, & grauiſſimum eſt crimen falſi & præuaricationis: ne dicã, quod qui ſubſiſtit in nuda operæ promiſſione, rationibus partis inſtructus ad alteram partem tranſiuiſſe dici non poteſt. Supereſt igitur tertium membrum, de eo qui operam præſtare cœpit, in quo probo Tr. ſententiam. Equidem *Bart. in l. d. præuar.* diſtinguit, an aduocatus cum altera parte verſetur animo tãtum, & eſſe præuaricatorẽ: an animo & corpore ſimul, & eſſe reum falſi: quæ videtur etiam ſententia *Viuij 2. comm. op.* vbi putat præuaricationem tantum fieri clam, non aperta defectione. Verum non videtur hoc de eſſentia eſſe præuaricationis, ſicut nec aperta defectio de eſſentia criminis falſi: nec quicquam obſtare, quo minus qui palam deficit, præuaricator, & qui clam alterius partes fouet, falſarius eſſe dicatur, quin omnis præuaricatio, incidere videtur in crimen falſi: & non alio, niſi præuaricationis intuitu qui de crimine tranſigens ab accuſatione deſiſtit, falſi crimine ſeſe abſtringere intelligitur iuxta *l. 8. inf. C. de trãſact.*

At in bona cauſa.] Vera hæc ſententia negatiua eſt, quod alias quiuis aduocatus cauillationes & fallacias ſuas, prætextu bonæ cauſæ excuſare poſſit, neque finem tãtum, ſed etiam media bona & legitima eſſe oportet.

LIT. B.

Idem ſi filius fam.) Diuerſas planè quæſtiones, & nihil inuicem commune habentes hæc theſ. proponit. Cæterum quod Caſtrenſis peculij loco eſſe ait ab aduocato adquiſita ita dictum accipiendum eſt, vt quaſi caſtrenſe peculium intelligatur.

Vt poſt patris obitum.) Ex iure nouo non rectè hic effectus quaſi proprius Caſtrenſis aut quaſi Caſtrenſis peculij proponitur, quoniam idem in aduentitio peculio iuris eſt.

Digitized by Google

Lit. C.

In fiſci aduocato hoc ſpeciale] Quod hic de trãſmiſſione ſalarij totius anni ad hæredes aduocati fiſci proponitur, explicationem aliquam deſiderat. Equidem hoc non alia ratione defendi poſſe videtur, quam quod initio anni ſtatim ſalarium totum ipſi deberi intelligatur, quæ ratio cum etiam in alijs aduocatis, qui ſalarium ex publico accipiunt, videatur militare, cauſa ſpecialitatis in aduocato fiſci, eſt inquirenda. Dicendum videtur ſalarium initio anni totum regulariter non intelligi debitum: quia datur pro præſtatione operarum, quæ recipiunt diuiſionem per integrum annum: ſpeciali autẽ priuilegio exceptos eſſe aduocatos fiſci *l. 15. C. d. ad. uoc. diuerſ. iud.* Cui non obſtat *l. petitionem 13. eod.* ibi. *hæredib. defunct. nihil exinde commode: &c.* quæ cum *Salic. in dict. l. 15.* de iure ſubrogationis in locum defuncti accipienda eſt. Hoc non temere trahendum erit ad aduocatos alios, licet ſalarium ex publico percipientes iuxta *l. vlt. in fin. prin. C. dict. in offic. teſtam.* Sed obijcitur, quod ſi retineri poteſt prærogatum ſalarium ab hæredibus *l. 1. §. 13. d. extr. cogn.* etiã peti poterit: quod illius alia ratio reddi non poſſe videatur, quam quod debitum ſit: Verum recte negatur conſequentia, quia imo nõ ideo retinetur, quod debitum fuerit, ſed quia cum per aduocatum non ſteterit, quo minus operam præſtaret, *dict. § 13.* cauſa habetur pro completa, etenim hic non de condictione indebiti, ſed de conditione cauſa data tractatur. Quod ſi vrgens *in d. l. 1. §. 13.* ab Imp. Seuero aliquid noui conſtitutum videri: reſpondebo per conceſſionẽ, & illud ipſum nouum eſſe & ſingulare, vt cauſa habeatur pro impleta, & inhibeatur cõdictio, cui alias ex ratione iuris locus dandus fuiſſet. Sed amplius replicatur, imo regulare hoc eſſe & iuris ordinarij, vt eſſet condictio, quãdo non ſtetit per accipiẽtem *per l. 38 locati.* Reſpõderi poteſt, quod phraſis illa, *per aliquem non ſtetiſſ.* commode ſit explicanda, vt per eum non ſtetiſſe dicatur, qui cum vellet & poſſet facere, externo aliquo caſu, cum præſertim operam addidiſſet impeditus fuit: imo amplius, quod præcipuum eſt, vt etiam ſteterit per dantem, veluti in caſu *d. l. 38* intelligendum eſt ſtetiſſe per conductorem. Et ita in vulgata regula quod conditio habeatur pro impleta, quando non ſtat per legatarium, quo minus impleatur, ſupplendũ eſt, ſi modo ſimul ſtet per illum, cuius intereſt non impleri conditionem *l. in iure 161. d. R. I.* quæ in caſu mortis locum non habẽt per *l. 31. de cond. & demon.* vbi legatũ puellæ ſi Titio nupſerit, Titio mortuo, puellæ non debetur. Et ſi quis verbi cauſa mercedẽ prærogauerit architecto, eo protinus mortuo pecuniã condici non poſſe, fuerit abſurdum: *de quo plur. inf. diſp. 22. t. 2. l. A.* an caſus fortuitus facit ceſſare conditionem. Ex his autem dubium redditur quod Tr. *poſt Sal. in d. l. 15. C. d. adu. diu. iud.* priuilegium illud aduocatis fiſci conceſſum, extendit ad profeſſores: quia vt maxime hoc mereãtur, lex tamen deficit: vt in caſu non diſſimili ipſe diſputat Tr. *ſup. diſt. 4. th. 7 lit. E.*

THESIS IV.

Lit. A.

Famæ imminutio.] Nõ valde laborandum eſt, quibus verbis infamiæ genus exprimatur modo de re ipſa conſtet. *Accurſ. in l. 1. C. h. t.* non definit, ſed magis notationẽ nominis trahit, quod ſi priuatio vel imminutio famæ: & propriè loquendo infamia ipſa imminutio famæ non eſt, ſed qualitas, nota & macula quædam.

Eaq; vel iuris vel facti.] Licet nomina hæc in iure noſtro non extent, attamen, quicquid etiã quibuſdam neotericis videatur, ipſam rẽ & diuiſionem hanc textus iuris ſuppeditant *in l. 15. C. h. t. iuncta l. 3. in pr. d. liber. & poſth. item in l. 2. d. obſequijs l. 20 D. h. t. l. 2. C. d. dig. l. 26. c. d. in inoff. teſt. l. 42. d. V. S.* Facit quod agitatores dicũtur inhoneſtæ perſonæ *in l. 4 Cod. de ſpectac.* qui tamen in *l. 4 in pr. h. t.* negantur eſſe infames. Poteſt etiã huc induci *l. 2. c. rer. am.* hoc modo: conſtat ob res amotas diuortio ſequuto eſſe actionem rerum amotarum, conſtante autem matrimonio tantum actionem in factum, *l. 15. d. rer. am. l. 2. C. eod.* vbi ratio additur, quod conſtante matrimonio non detur actio famoſa: & ergo cum actio furti nec ſoluto quidẽ matrimonio detur, ſequi videtur, quod condictio rerum amotarũ, quæ in locum actionis furti quaſi ſubrogata eſt, *in l. 2.* appelletur actio famoſa & cum porro conſtet, quod ex illa actione non ſequatur infamia vera *l. 2. rer. am.* conſequenter, ideo quod aliquã leuiorem maculam damnato aſpergit, famoſam appellari. Confirmatur hæc ſententia, quod notæ cenſorum non afferebant infamiam, ſed onerabant tantum pudorem: quod notat etiam *Bodin. 6. de rep. 1.* vbi hunc locum Ciceronis ex Nonio refert: cenſorum iudicium nihil fere affert damnato præter ruborem: & idem *Cicero pro Cluentio.* animaduerſiones cenſorum negat habuiſſe autoritatem rerum iudicatarum: & *Aſconius in diuinat.* temporales notas fuiſſe, à

ſucceſſo-

Digitized by Google

ſucceſſoribus plerumque ſublatas, ſcribit: Et ergo concludimus. præter infamiam illam veram eſſe aliquam leuiorem, ſiue eam facti, ſiue alio nomine libeat appellare. LIT. C.

Innocenter damnatus reuera infamia non afficitur.] Hoc quidem Ethice verum eſt, & quod talis ſententia non oneret conſcientiam damnati: cæteroquin cum ſententia ius faciat, & pro veritate habeatur, & prætor etiã cum iniqua decreuit, ius dicere perhibeatur *l pen. de iuſt. & iu.* procul dubio cauſa famoſa licet iniuria damnatus, politicè & quoad affectus iuris habebitur pro infami: ſicut ex quacunq; etiam iniuſta ſententia, modo non ſit ipſo iure nulla, náſcitur actio iudicati. Objicitur tamen *l. 8. C. h. t* ad quã varie reſpondet *Accurſ Sal. Cyn & plerię; DD* in ea ſpecie rei vindicatione aut condictione actũ fuiſſe exiſtimant. Plane durior ſententia varie & multis modis dici poteſt: & illud nõ inuitus admiſerim, ſi quis ex manifeſte falſa cauſa damnetur, eum inter infames non habendum, de quo caſu loquitur *d. l. 8. C. h. t.* LIT. D.

Quæ tertium membrum add. t, pactionem, &c.] Recte quidem Tr. hac in re improbat ſententiã Boceri. Sed nihilo ipſe rectius pactionem iſtam ſub prius membrum refert: neque enim pactio de maleficio ex cauſa delicti, delictũ eſt, neq; omne delictum ipſo iure notatur. Et ideo ſub poſterius membrum videlicet ſententiam hoc referendum eſt, quia ex ratione iuris pactũ pro confeſſo, confeſſus pro iudicato eſt *l. 5. h. t. l 1. t. t. d. confeſſ* Neque obſtat, quod is qui ex cauſa famoſa quæ ex contractu deſcendit, paciſcitur, infamis non fit *l. 7. h t* quia tamen condemnatus infamis eſſet: quia in materia odioſa non facienda eſt extenſio præſertim ad caſus diſſimiles: & pactus pro confeſſo, confeſſus pro iudicato habetur non rei veritate, ſed fictione & præſumptione iuris: ſed & qui paciſcitur de delicto nihil poteſt confiteri præter delictum: ſed qui ex cauſa contractus paciſcitur, poteſt fateri de contractu, vt non ſimul neceſſario fateatur doloſe egiſſe.

In contumaciam delicti infamantis.] Quia vtiq; hic non vere ſed ficte conuictus eſt. Non recte autem hoc reſtringitur ad delicta cum procul dubio idem & multo magis obtineat, ſi ita quis ex actione doli vel depoſiti, mandati, pro ſocio, tutelæ, condemnetur. De arbitri ſententia res certa eſt per *l 13. § 5 h. t* neque adeo veriſimile eſt diſſentire Baldum (ex cuius prolixis commentarijs *l. 47. ſolut. mat.* nec numerum, nec columnam notauit) quippe cum *in d l. 13.* diſerte hic adſtruat, adeo quidem vt in arbitrio, quem ſtatuum inſtar dicis decernit, ſed ille non ſeruato iuris ordine procedat, diem obtinere affirmet.

THESIS V.

LIT. A.

Sunt & tempore lata legis Iulia miſcellæ.] Iuſtinianus vtique hanc legem vocat antiquam, duo autem menſes à Theodoſio adiecti ſunt *in l. 2. C. d. ſec nupt* Non ſemel tamen apud priſcos ſcriptores anni ſit mentio, quo fœminæ maritũ elugebant: quia ſcilicet Romulus annũ luctui præſcripſerat, & annus Romuli decem menſiũ erat. Cæterum legis Iuliæ Miſcellæ, apud vnũ Iuſtin. mentio fit: ideoq; ego has in re cum Tr. ſentio, eſſe illam ipſam legẽ Papiã, cuius plurima & diuerſa adeoq; Miſcella fuerunt capita, quorum aliquam multa recenſet & explicat *Lipſ. in cõm. ad lib. 3. annal. Tac* Cæterum an ſententiam capitis iſtius rectè aut cœperit aut expoſuerit Iuſtinianus in incerto eſt. Refertur a *Lipſ d.* loco caput legis Papiæ de libertate coniungendi, cuius vero ſimile pars fuit de mittenda conditione viduitatis: & adeo cum lege illa cœlibibus pœnæ fuerint indictæ, conditionem, ſi non nupſerit, remiſſam potius quam viduam neceſſitate imandi, aut præſtandi cautionem Mutianam ad ſtrictam fuiſſe probabile eſt: quã cautionẽ ex inepta ratione, ne triſtitia afficiatur anima defuncti, exigit Iuſtin *in Nou 22. cap. 43.* cum ante eam remiſiſſet *in l. 2. C d indict vid. coll* quibus locis diſtinctio illa, intra annum vel poſt annum, rationi parum conuenire videtur: & hoc addamus, ſiquidem eandem hæc lex cũ Papia Poppea, appellatio Iuliæ Miſcellæ vitioſa, quia lex Iulia a Papia Poppea omnino diuerſa, & hæc poſt illã viginti amplius annis neq; ab Imperatore, ſed à conſulibus lata, vt docet Lipſius *d loco*: niſi ex hoc Iuſtinianus excuſetur: quod vt ex eodem Lipſio conſtat, capita quædam legis Iuliæ, legi Papiæ inſerta fuerunt Sed hæc tanquam ſub parergo.

Non tamen hæ ſunt nouæ leges] Nõ video, quomodo non hic ſibi contradicat Tr. dum legem Iuliam Miſcellam explicat de lege Iulia & Papia, & tamen de his nõ vult intelligi *l vlt. de reg. Caton.* ita vt nihilominus eandem de lege Iulia Papia explicet. Quod ſi enim lex Iulia Miſcella eſt lex Iulia Papia, & de hac intelligitur *l. vlt. de reg Caton* etiam de lege Iulia Miſcella neceſſario intelligenda erit.

Et quidem ſi pragnans erat.] Nimis generaliter hic

Digitized by Google

hic affirmat, ſi prægnans ſit mulier, & ſi diuortio ſoluatur matrimonium, vel maritus non ſit elugendus, tempus præfinitum eſſe expectandum: quia cum luctui præfinitus ſit annus integer; vix vlla duodecim menſes vterum fert, & tempore diuortij vel mortis mariti aliquod menſes à tempore conceptionis effluxiſſe poterant. Et ergo non tempus luctui præfinitum, ſed ſaltem tempus partionis expectandum eſt.

Et quia ratio ex turbatione, &c.) Non ſatis cõmode hoc ſubijcitur caſui vxoris non prægnantis: & ſane etiam à reuerentia marito debita hæc lugendi ratio dependet: quod alias etiam liceret nubere vxori, quam certo prægnantem eſſe conſtaret.

Luctus fœmina in continentia, olim etiam in habitu.) Illud de continentia nihil ad propoſitum: ſed quod de habitu addit, nomine verum, & omnino improbabile quod tempore Gordiani & poſt, omnis externa lugendi ratio fuerit ſublata: neque obſeruata eſt *l. 15 h. t.* ſententia, quæ præſertim, quod non de ſublato ſed diminuto luctu loquitur, pertinet ad explicandam mentem SCti, quo luctui fœminarum imponitur modus, vt videlicet per illud externus habitus ſublatus, non autem prohibitio nubendi intra annum laxata videantur. Et vtiq; ſi in caſu ſingulari facti SCti luctus in habitu tollitur, ergo regulariter iuri antiquo & communi requiritur Idque etiam notat Cuiacius *in l. vlt. h. t. lib. 2 quæſt. Papin.* Exemplum ad *d. l. 15.* præbet *Liuius lib. 22.* totam vrbem, inquit, oppleuit luctus, vt ſacrum anniuerſarium Cereris intermiſſum ſit: quia nec lugentibus id facere eſt fas, nec vlla ea tempeſtate matrona expers luctus fuerat. Itaq; ne ob eandem cauſam alia quoq; ſacra aut priuata deſererentur, ſenatus conſulto diebus xxx luctus eſt finitus.

Lit. B.

Quod iure Canonico mutatum.) Vtitur pontifex loco Apoſtoli, verum nimis præpropere occaſionem detrahendi iuri ciuili arripuiſſe, & dicto Pauli abuſus non immerito quibuſdam videtur, & veriſſime Caſtrenſis *in l. 15. C. h. t. in f.* negat eſſe canonum conditoris tollere leges ciuiles, vbi non eſt quæſtio de peccato, ſed de bonis moribus. *& Accurſ. in d. l. 15.* nihilominus infamem putat eſſe mulierem, propter nimiam feſtinationem Bald. & alij diſtinctionem temperant, an ſit periculum turbationis ſanguinis, & futuræ partus incertitudinis. illud cuius intuenti facile apparet, Paulum Apoſtolum nō legi illi ciuili derogare, ſed eorū errori occurrere voluiſſe, qui ſecundas nuptias illicitas eſſe putabant. Et ſane aliter quam Pontifex acceperunt locum illum *Pauli ad Cor. 7. verſ. vlt. Aug. Marlor. Oecum. & Theoph.* Nullo modo, inquit, cum temperantia & decoro; non in libidinis affectione. Cõmuniter tamen recepta eſt Can. ſententia *Dd. in d. l. 15. C. h. t. plurimi allegati à Ioh. Garon tr. d. ſec. nupt. pœna. 29.* Sequitur apud Tr. diſtinctio illa vulgata inter pœnas odio ſecundarum nuptiarum vel fauore liberorum introductas. Quæ duabus de cauſis minus accurata videtur. I Quod infamiæ pœna non videtur citius nubenti impoſita odio ſecundarum nuptiarum, quia imo hæ iure veteri Romano odioſæ non fuerunt, ſed potius in pœnam quandã impudicitiæ & contra reuerentiam marito debitã feſtinatarum nuptiarū II Quod iſtæ pœnæ quæ in fauorem liberorum dicuntur introductæ, ab odio ſecundarum nuptiarū originem traxerūt, & in eo omnino fundantur. Sicut enim ab Imperatoribus Chriſtianis, qui opinionē illius ſeculi ſequuti, de ſecundis nuptijs minus honorifice quam par eſt, ſenſerunt: vnde *in l. fœmina C. de ſec. nupt.* mulier per ſecundas nuptias dicitur funeſtata. Ex quibus patet inter hæc duo membra, odium ſecundarum nuptiarum, & fauorem liberorum bonam & veram oppoſitionem non eſſe.

Sed è contrario & illud infertur.] Quomodo hoc ex præmiſſis inferatur, non apparet. Cæterum ipſa quoq; hæc aſſertio magis eſt vt falſa ſit: quia conſtitutio *l. 6. C. de ſec. nupt.* cum ſit correctoria & nominatim loquatur de marito nō debet extendi ad liberos, & ſiquidem poteſt plus relinquere liberis ex priori matrimonio, quidni etiã ex poſteriori? cum omnes matri æqualiter liberi ſint. Et conſtat, quod non teneatur parens æquales portiones relinquere liberis: quod in terminis iſtis duplicis matrimonij liberorū tradit *Iuſt. in N. 22. c. vlt. in prin.* ubi nominatim ait, ſeſe adhortari parentes ad ſeruãdam æqualitatem, ſed non hoc ſancire. Neque mouere debet autoritas Teliaui & eorum quos allegat, vel quod rationes ab eo adductæ non ſtringunt, vel quod plures contrariū ſtatuere ex illo ipſo loco apparet: *& Ioan Garon in tract. d. ſecund. nupt.* vbi accurate 49. pœnas ſecundar nuptiarum enumerat, huius mentionem non facit: Neque etiam mouere debet. quod ita per indirectum contra *l. 6. C. d. ſec. nup.* fieri videatur, quod patri per liberos acquiratur. Etenim poteſt

mater

Digitized by Google

mater & ita relinquere, vt totum acquiratur filio iuxta *Nov 117.* & etiam ita, vt marito relinquat nihil, & ad ſummum patri non proprietas, ſed vſusfructus nudus acquiritur & quid denique, ſi maritus ſecundus non ſit ſuperſtes? Plane ICTI eſt, interpretem agere non legiſlatorem.

Lit. C.

Vbi non eſt ordo vocum inuerſus.] Recte hoc Tr. eſt enim perſpicua *ICti in l. 43. § pen d ritu nupt.* ſententia; eam notari quæ deprehenſa eſt: quod ſi inſuper adulterii accuſata & damnata ſit iam duplici nomine infamem eſſe; & quia deprehenſa & quia damnata.

Cur in viro ſententia.] Differentiam hic proponit Tr inter virum & vxorem: Quod hæc etiam deprehenſa tantum fiat infamis. ille nō niſi accuſatus & damnatus: quod & tradit *A Fab. in l. 2. §. 3 h. t* Atquin vereor vt iſta differentia ſatis iure probetur. Etenim cur quædam facta lege notentur, quædam vero ſententia, non hæc ratio eſt, quod illa ſint grauiora & magis odioſa, neque enim magis odioſus eſſe poteſt qui in ſcænam prodit, quam V. C. homicida, fur vel adulter, qui ſententia notari dicuntur: ſed hæc quod illa quidem fiunt palam, neque aut opus condemnatione, aut locus negationi, & fere ſola infamia eorum pœna: hæc committuntur fere clam, & qui eorum rei aguntur, metu pœnæ facta negare, aut inte facta, vel prætextu aliquo excuſati ſolent. Vnde effici videtur, deprehenſum in crimine, quod excuſatione nulla defendi poteſt, etiam citra ſententiam eſſe infamem: ſiquidem alias ideo per ſententiam infames effici videntur, quod tum demum de delicto cōmiſſo incipit conſtare. Neque obſtat ſententiæ huic *d l. 2. §. 3. h tit* ſiquidē eo quod damnatum infamem fieri dicitur: non etiam fieri deprehenſum, male infertur. Et vt maxime demus, ex moribus Romanorum & ex l Iulia grauius coercitam fœminam, turpius in ea adulterium, ſuppoſitionem partus: ex iſtis tamen, & ſi quæ ſunt alia eius generis, differentia iſta effici non poteſt: quid quod etiam adulter maritus alij quodammodo partum ſupponit.

Lit. D.

Polygamia igitur hodie.) Particula iſta hodie, otioſa plane & ſuperuacua eſt: ſiue ius gentium ſiue ius ciuile reſpicias: nam & hoc non minus olim improbata fuit & polygamia ſicut apud Græcos aliasue gentes: & ex aduerſo moribus quarundam gentium ſemper permiſſa. Ceterū quod ad ipſam rem attinet, an iuri diuino vel gentium repugnet polygamia, alterius loci quæſtio eſt. tractanda in ſtia *part. 2. diſp. 6.* quo etiam & partim ad *diſp. 31. p. 2 th. 2.* reliqua pertinent, quæ hic incongruo loco tractat Treut.

Lit. E.

Minores ſi quæſtus cauſa.) Arquin idem in maioribus. *l. 3. h t. l. 1 § 6. verſic. & qui operas de poſtul.* adeoque otioſa erunt verba *l penult. C h. t. ætate min res* Et tamen in Treut. ſententiā procliuior ſum I. Quia contorta lectio vulgata eſt, quæ proponit verbum, *duntaxat* II. Quia in re, edicto prætoris notata & quæ in ſpeciem delicti incidit, ita minoribus ſuccurri, vt ipſo iure citra beneficium reſtitutionis fama ſit ſalua abſurdum videtur, quin etiamſi vulgatam lectionem ſequaris, attamen, minorem quæſtus gratia in ſcenam prodeuntem notari, à contrario ſenſu efficitur: vix enim eſt vt verba poſtrema *d: l penult.* etiam de iis qui quæſtus gratia prodeunt, poſſint exaudiri.

Lit. F.

Lenocinium facientes.) Non videtur recte excipi caſus. *l. pen. h. t.* quæ eſt de quæſtum corpore faciente, quod quidem ab ancilla, cogente domino, factum intelligitur & præſumitur.

Lit G

Tutor filio ſuo ducens.) Videtur hic ſub eorum claſſem potius referendus, qui notātur per ſententiam: quia vt ſupra dictum confeſſi habentur pro damnatis: atquin hic tutor dicitur confeſſus de tutela *in l. 7 C. de interd. matr.*

Quæ ſub cura eſt vel Fut.) Nimis indiſtincte hoc affirmatur, quod ſcilicet, *l. 7 C d t.* eſt de caſu nondum redditarum rationum, quod ratio ſubiecta oſtendit: cæteroquin redditis rationibus, & poſt annum 26. & ita elapſo vtili anno, intra quem reſtitutio in integrum contra curatorem implorari poſſit, eam quæ in cura fuit recte vxorem duci, diſerte oſtendit. *l. 66. de ritu nuptiar.* ceſſante ratione prohibitionis quæ eſt *in l. 64 eod. tit.*

Lit. H.

Ob delictum non capitale) Diſtinctione hic opus erat, an ex cauſa delicti inſtituta eſſet actio ciuilis an criminalis: illo enim caſu ſimpliciter impune tranſigit aut paciſcitur actor: in hac vero non impune, de quo dictum diſput præced. Cæteroquin repetimus hic notata ad *theſ. lit. d.* quod pactio de maleficio referenda ſit ſub ſecundum membrum *d th. 4 lit D* propoſitum Et ſane nuptiæ V. C. cum pupilla vel adulta & pactiones

Digitized by Google

ctiones delicta non ſunt, ſed ea tantum ratione infamia his caſibus ſequitur, quod ea facta ratione obiecti præſumptionem inducunt cōfeſſionis, & quidem ex eiuſmodi cauſa, ex qua damnatum infamia ſequeretur: confeſſum autem lex pro judicato vult haberi.

Ex contractu enim.] Videri poſſit excipienda cauſa tutelæ, *argum l. 7. Cod de interd. matrim* vbi cōfeſſus dicitur eſſe pro damnato, ideoq; notari infamia, pactio autem hic habet vim confeſſionis *l. 5 h. t* Verum quia *l 7. h. t.* generalis eſt, & in materia odioſa, non ſunt faciendæ extenſiones, & pactus revera confeſſus non eſt, præſtat, *vt d. l. 7.* intra terminos ſuos coerceamus.

Dato pretio tranſigens.] Ipſum verbum tranſigere pecuniæ dationem implicare videtur, *argum. l 38 C. de tranſact.* Cæterum cum ex allegatis confuſum de cauſis civilibus & criminalibus agi appareat, in his pactionē quoq; ſimplicē prohibitam eſſe colligere licet, *ex l 18. C. de tranſact.*

Alia ratio eius, quod ad redimendam vexat.] Exceptio hæc fere deſtruit regulam, qua pactus dicitur fieri infamis, & nemo non hoc prætendat, ideoq; in dubio ſemper eum qui pretio adverſarium deſiſtere facit, corrumpendi animo hoc feciſſe, eoque infamem fieri defendam niſi de manifeſta actoris calumnia conſtet.

Intellige poſt litem conteſtatam] Obſtat *l. 6 §. 3. h. t.* ex quo contrario ſenſu bene probatur, eum qui pretio dato impetrat, ne ſecū ageretur, (& ergo nondum actum eſt) fieri infamem Et tanto magis igitur notabitur, qui poſt prætorem aditum & actionem petitam cum adverſario fecit pactionem. Neque obſtat, quod confeſſio extraiudicialis nihil operari dicatur: quia hæc regula multas patitur exceptiones, & inter eas etiam hanc, quando lex vel edictum eiuſmodi cōfeſſionem pro validis habet. Sed & quod poſt aditum prætorem fit, extraiudicialiter fieri ſimpliciter dici non poteſt: ſiquidem etiam in iure confeſſi maxime proprie pro damnatis habentur: & vtique quod de pactione dicitur, minime ita accipi poteſt, vt in ipſo iudicio factum eſſe oporteat. Non obſtat etiam *l. 25 h t* vel quia ibi agitur de condemnatione, vel quia ibi non eſt duplex ratio, ſed poſterior de lite conteſtata eſt ratio rationis, cur ibi ſervus nō fiat infamis, quod ſcilicet ipſius nomine litis conteſtatio facta non fuerit: ſicur quiuis infamiam effugit, qui per procuratorem accipit iudicium.

Niſi prætor iuſſerit.] Hoc tantum ad cauſas civiles pertinet, & tamen Tr. confuſim etiam de criminalibus diſputat

Niſi iuratum ſit.] Inſubtiliter hoc pro exceptione ponitur ad regulam quæ eſt de paciſcēte: vel quia qui jurat, non paciſcitur de crimine, vel quia jurans pro innocenti & abſoluto, pactus autem pro nocenti & confeſſo habetur.

Improbum fœnus] Vſurarios ipſo iure infames eſſe vt non opus ſit ſententia, quod jure noſtro talis actio ex qua damnatum infamia ſequatur, contra eos non detur, notat *Accurſ in l. improbū C. h. tit.* quem ſequuntur communiter *Dd. Cyn. Brin. Bl. Salicet Caſtrenſ &c. ibid* Plane, quod fœnus non tam occulte exerceatur, ſententia declaratoria hic aliquando opus fore notant Dd. neque male hoc illuſtrat Salicet. exemplo Lenocinij & adulterij, quod illud palam exercentes, & in hoc deprehenſi, ſine ſententia infamia notantur. Species autem ſententiæ declaratoriæ eſſe videtur, ſi iudex coram quo V C. condictione certi actum eſt, eum deprehendiſſet vſuras illicitas acceptas & exactas fuiſſe, ſimul in ſententia dixerit, videri eum improbum fœnus exercuiſſe, *argum l. 5 C. de calumniat.* quo docet aliud quiddam quam ſuper quo actum directo fuerat, in ſententia exprimi potuiſſe.

LIT K.

Recte ſub claſſem iſtam refert Treutl maiorem qui receſſit à tranſactione jurata ſed in hoc fallus, quod diverſam ſententiam Dd. imputat. Etenim quod ipſo iure & infamia notetur & actione privetur, tradit *Accurſius ad eam l ſi quis maior. 41. Cod de tranſaction. Salicet. ibid num. 6 11. & 14. Caſtren. num. 3. Bart. num. 10 Bald column. vlt.* vbi in genere notat periurium fieri infamem ipſo iure ſi juratum ſit, ſuper contractu & ſuper futuro: *& Iaſon. ibid. colum. 6.* clarum hoc eſſe, & quod ipſo jure irrogetur infamia, ab omnibus teneri teſtatur: & hanc ſententiam ſuadent verba conſtitutionis, & ratio quæſt. præced ex Accurſ. allata quod hic nulla ſit actio, ex qua damnatum infamia ſequatur.

Non in aliis contractibus.] Vix videtur conſtitutio *d l. 41. C. de tranſact.* reſtringi poſſe ad ſolas tranſactiones: tum quia & ratio generalior eſt, quæ ſumitur à violatione nominis diuini: tum quia non tantum tranſactionem, ſed etiam pactorum ibi fit mentio, *in prin. ibi, adverſus pacta vel tranſactiones:* & hæc videtur Dd. ſententia, referente *Salicet o in d l. 41 nu. 1* vbi ait quod illa conſtitutio locum habeat in quoque contractu, in quantum ſcilicet poteſt adoptari: Neque abſimile

Digitized by Google

ſimile vero eſt, à Theodoſio generaliter hoc fuiſſe ſtatutum, quod a Triboniano ſub tit. de tranſactionibus relatum fuit.

Cum non in ſpecie iuratum eſt) Recte ſe habet hæc ſententia, a qua male diſcedit *Iaſon ibi l co-lumn.* 7 & adeo ſi quidem in ſpecie iuramentum requiritur, idem ſtatuam contra Treutler. ſi promiſſio facta ſit ſub fide Chriſtiana: quia etiam hic verum eſt, in ſpecie & formaliter iuratum non eſſe & haud ſcio, an in homine Chriſtiano diſtinctio illa fidei politicæ & Chriſtianæ ſit admittenda, de quo pluribus infra diſputat 21 theſ 1. Facit pro hac ſententia, quod conſtitutio *d l* 41. propter grauitatem pœnarum, quibus etiam propter ſolam interpellationem contrariam locus eſt, omnino intra terminos ſuos eſt coercenda.

Ne quidem locus ſit purgationi moræ.) Hæc quoque ſententia Doctorum communior eſſe videtur quam refert & ſequitur *Salic. num.* 4. *Caſtren num.* 3. *Bart. num* 11. *Iaſon colum.* 6. *in fin.* qui omnes hac ratione vtuntur, quod executio recta fiat ab ipſa lege: & alias purgatio moræ reſpicit intereſſe partis, hic autẽ lex factum notat. Quibus conſequenter incommoda videtur Tr. limitatio, niſi quis in minimo deficiat: quia cõtrauenire tranſactioni, iuxta modos *in d. l.* 14. traditos, eſt quid indiuiduum: niſi forte Tr. diuerſa pœnarum genera confudit, aut diuerſos contrauenien di modos, quia primo intereſt, an de infamiæ pœna, an præſtatione pœnæ promiſſæ vel reſtitutione acceptorum quæratur. II. An contraueneris interpellando magiſtratum vel non implendo promiſſa. Pro qua diuerſitate, ſi accurate agere velimus, diuerſimode etiã quæſtio formanda erit: nimirum an qui non impleuit promiſſa, celeri oblatione moram purgare, & quoad omnes effectus poſſit & poſſit & pœnas Quod ſane niſi perſpicua adſit contumacia æquitatis intuitu, quicquid etiam Tr. videatur, affirmare malim, nec obſtante quidem ipſa cõſtitutione, in qua verba, *non implendo promiſſa*, cũ effectu accipi debent. Alia quæſtio erit, an qui interpellauit magiſtratũ, pœnitentia ſtatim ſequuta, (quoniã hic de purganda mora inepta ſit diſputatio) pœnas legis euitare poſſit. Vbi licet cortex verborũ pro negatiuã ſtet ſententia, attamẽ videri poſſit Theodoſius nõ in nudã interpellationẽ, ſed magis in eiuſdẽ perſecutionẽ, tamẽ grauiter animaduertere voluiſſe: adeoq; ſi quẽ nullo expectato reſponſo ſtatim pœniteat exhibitæ ſupplicationis, iſque eam quaſi improbans conventis ſatisfaciat, humanius certe affirmantem amplectemur ſententiam, quam etiam non paucis probatam fuiſſe, licet videre ex ijs, quæ *Bart Bald Iaſ. & alij ad d. l.* 41. notarunt. Omnimodo ſi æquitas Canonica iuri ciuili hic recte opponitur, ſecundum illam vtique, cõtra quam Tr. videtur hoc defendere non dubitarim.

THESIS VI.

Lit. A.

Si modo nominatim) Duobus tantum caſibus militi miſſo infamiam irrogati putat Treut ſi nominatim hoc adiectum ſit, & ſi inſignia militaria detracta ſint Verũ ego tertium caſum addendum exiſtimo, ſi expreſſa cauſa ignominiæ miſſus proponatur miles *per l.* 13. *§.* 3. *de re militar.* quæ ſane reſpuit lectionẽ Haloandri *nihilo magis*, quam probari à Tr. argumento eſt quod improbat *Ant. Aug qui 1. emendat* 3. nõ obſcure probat lectionem Florentinam, *nihilominus*. Neque obſtat noſtræ ſententiæ *l* 2. *in prin verſ. & ſi princeps h. tit.* nam vt non probemus emendationem *Hottomanni* 7. *obſeruat.* 16. neque cum *Petro Fabr.* 1. *ſemeſtr.* 16. *in fin* verba, ignominiæ cauſa, per errorem vel breuitatem, omiſſa dicamus, aut cũ aliis, quod de adiectione verborum illorum. *in d. l.* 2 dicitur, præciſæ neceſſitatis eſſe negemus: expeditior reſponſio eſt, quod caſus ibi propoſitus, opponatur miſſioni ſimplici, in qua nec ignominioſa cauſa, expreſſa fuit: & agitur in d. verſ. de dimiſſo exercitus duce, quẽ difficilius infamia notari non abſurde quis dixerit. Cæterum exempla miſſionum ignominioſarum, adiecta cauſa, non tamen adiecto, ignominiæ cauſa quem mitti, ipſe refert *Petr. Fab. d. c.* 17. male adeo à Tr allegatus.

Lit. B.

Proponitur initio vera reſolutio & explicatio. *l* 20. *h t.* in cuius emendatione turpiter lapſus eſt *Ant. Fab* 6. *coniect.* 6. Negat ibi, ſententiam illius legis à Dd. explicari. Imo vero & Accurſius & alij ſatis perſpicue explicant, & inſtigatorem à mãdatore diſtinguunt Vellicat inde diſtinctionẽ Bartoli: quis inquit dixit Bartolo in ſpecie *l.* 20. aut cauſa nõ cognita pronunciaſſe, aut vero ſaltẽ interlocutũ eſſe præſidẽ: Atqui in cõponendis aliquãdo textibus iuris diuinationes admittimus & Barto poſt Accurſ. illam diſtinctionem addit inter inſtigatorem ſimplicem, & eũ qui operam addit, probationes inſtruit, &c. Et iuſtius nobis quærere liceat, quo autore aut qua ratione, verba illa, *qui exhortatur*, ad præſidem referantur: quidem ſententiam ferendo non

niſi

niſi inepte dicitur exhortari. Et vero vnde tandem amicum illum præſidis animum colligamus: ſiquidem verba, *callido commento*, dolũ arguunt, & iam paſſim notum eſt, verbo, *videri* in ſententiis iudices vti fuiſſe ſolitos. Et ergo ſi prætor in propoſita ſpecie dixiſſet: callido commento videris accuſationis mandator fuiſſe, ex ſententia quidem Fabri, ne hic quidem infamia ſequeretur Sed pigeat in re manifeſta plura perdere verba.

In privato iudicio actor donare cauſam poteſt.] Notandum. I. quod verba in th. *in iudicio publico prævaricationis vel calumniæ nomine quid feciſſe iudicatur*, duplicem habeant ſenſum: & quod in ipſa ſententia ſuper publico crimine lata ita fuerit perſtrictus, (quod fieri ſolitum docet. *l. 20. h. t.*) & fit infamis per *l 5. C. de calum.* & quod ob calumniam in publico iudicio commiſſam ſeparatim fuerit accuſatus & damnatus: quo itidem caſu infamem eſſe non dubitatur. Cæterum Tr. duo dicit in exegeſi, in privato judicio donare actorem cauſam poſſe, & ſi calumnietur non fieri infamem: prius enim illud ad prævaricationem pertinet. Et in civilibus quidem privatis judiciis hoc expeditum eſt, vbi ex parte ipſius actoris (ſecus enim in advocato) prævaricationi locus non eſt: & hic quoque calumniantem infamia notari, non proditum eſt: ſed aliis hic pœnalis locus *in pr. & §. 1. Inſt de pœn. tem. litig.* Ex quarum numero eſt autore Treut. actio in factum de qua *ſcil. §. 1. de calum.* & ea tamẽ ſpecialis eſt cõtra eos, qui vt per calumniam alteri negotium faceſſerent, pecuniam acceperũt. Itẽ actio decimarum, quam reductam ait *à Iuſtin. N. 112. cap. 2.* aliquanto pinguius, quia ſpecialis ibi cautio introducitur de præſtanda decima: & pinguius adhuc proponitur differentia, inter actionem (vt loquitur Treutl.) decimarum, veterem & novam: quia vtique actio nec repromiſſio nec ſatisdatio aut juratoria cautio dici poteſt Et cũ *in Nov. 96* veteris cautionis meminit, non tamen ſatis bene *ad §. 1. Inſt. de pœn. tem litig.* qui citra vllã cautionẽ ex Lege olim decimariam actionem comperiiſſe oſtẽdit. Sed vt redeamus eo, vnde digreſſi ſumus, in civilibus cauſis hæc recte ſtatuuntur, quæ de ceſſante ob prævaricationem aut calumniam, infamia dicta ſunt. Verum cum Tr. privatum iudicium publico opponat, ſub illo neceſſario etiam judicia privata criminalia & extraordinaria continebuntur: in quibus prævaricationem & calumniam extra pœnam infamiæ eſſe difficile fuerit affirmare vel quia hic non raro de pœna relegationis vel corporali agitur: vel quia hic in calumnioſos extra ordinem dicitur animadverti, *l 3. ad S. C. Turpil.* Imo prævaricatores eadem pœna tenentur, in quam alias reus condemnatus fuiſſet. *l pen. de prævaricat.*

LIT. G.

Quod & in ſtell. judicio placuit.] Non cohæret cum eo quod proxime dictum erat, de eo qui in judicio publico calumniatus aut prævaricatus fuerat: vel quia iudicium ſtellionatus minime publicum eſt, vel quia in privatis judiciis calumniam & prævaricationem infamia notari, ipſi Tr. ſententiæ repugnat. Sed nimirum ex eo quod adiungitur intelligendus eſt Treutl exẽplum proponere voluiſſe alterius iudicij, ex quo infamia ſequitur reum damnatũ, videlicet ſtellionatus: vbi videlicet ad componendos textus *in l. 13 §. vlt. h. tit & in l. 2. de crim. ſtell.* diſtinguit, an crimen iſtud concurrat cum alia actione civili famoſâ necne *argum. l infamem 7. de publ. iudic* quæ olim fuit diſtinctio *Iohannis*, quam poſt *Accurſ. in dict. l 13.* non tãtum vulg. Dd. communiter, ſed etiam ex neotericis pleri que magni nominis ICti ſequuntur. *Robert. ſent. 17 Duaren. 1. diſput. ann. 42. Cuiacius 10 obſeruat. 26. VVeſemb. in parat. de crim. ſtell. Donell. 18. comm. 8. Menoch. 2. arbit. cent. 4. caſu 381. num 30.* Atqui *Boerus in appendice tractatus de crim. Maieſtat.* aliam, quæ ipſi certiſſima videtur, conciliandi rationẽ proponit: quod iudicium ſtellionatus per ſe quidẽ famoſum non ſit, ſed tum demum ſit, ſi ſequatur ſententia & damnatio Verum, ſiquidem Boceri honori & exiſtimationi conſultũ volumus, ea componendi ratio diſſimulanda & ſupprimẽda magis quam confutanda eſt: ſiquidem à iure noſtro abhorrens propoſitio eſt: Iudicium aliquod ipſo jure infamare: etſi quidquam in jure noſtro certi, hoc certiſſimum eſt, omne iudiciũ omnemque actionem eo vnico reſpectu, quod damnatum ſequatur infamia, famoſam dici: Neque de judicio credendus eſt loquutus Martinus ab Accur. laudatus, ſed de ipſo crimine, quod ipſo jure non infamet. Et tamen iſta quoque ſententia omnino inepta eſt: quia *in l. 2. de crimin. ſtellion.* ipſius iudicij fit mentio, & quod ſentẽtiam reſpiciat Iuriſcõſultus, ex oppoſitione extraordinariæ coercitionis apertiſſimũ eſt: & ſententia illa, crimen ſtellionatus ipſo iure infamare Iuriſconſulto fuerit indigna: cum nec ea crimina, quæ publico iudicio vindicãtur ipſo jure irrogent infamiam Addit idem Bocer aliã

explica-

Digitized by Google

explicationem *dict. l. 2.* vt videlicet famoſum ibidem ſit, quod publicum, quoniam alias, ipſius quidem iudicio manifeſto ineptus fit ICtus, cum omnis extraordinaria animadverſio notam infamiæ ſecum trahat. Verum nimis inſolens illa explicatio eſt: & videamus an non fortaſſis falſum ſit, quod ita confidenter affirmat Boccrus, omnem qui extra ordinem coercetur fieri infamem. Equidem vel ipſa *l. 2. de crim. ſtellion.* falſum illud eſſe evincit: & præter illam *l. vlt. de extraord. cogn. iunct. prin. l. de obl. quaq. ex del.* vbi in iudicem qui per IMPRVDENTIAM male iudicauit, (quem infamia notari durum fuerit) extra ordinem animadverti traditur: Itemque *l. 1. §. 1. de præuar.* ex qua advocatus, qui etiam in quocunque privato judicio prævaricatus eſt, extra ordinem puniatur: *Item l. 3. ad S. C. Turpil.* quod qui in privatis etiam iudiciis calumniati ſunt, extra ordinem puniuntur: & tandem textus omni exceptione maior *in leg. infamem. 7. de public. iud.* vbi expreſſe Macer ICtus negat, quod ſententia ex omni CRIMINE faciat infamem: Arqui de publicis criminibus res certa eſt. Ergo loquitur de privatis extraordinariis: quod etiam his verbis ſubiicit ICtus: Ex eo crimine quod iudicij publici nō fuit damnatum infamia NON ſequetur, (& vtique tamen hic extra ordinem animadvertit, niſi id crimē ex ea actione, &c: Vnde efficitur conſequentia omnino neceſſaria, quod aliquando ex coercitione extraordinaria infamia non ſequatur.

THESIS VII.

LIT. A. & B.

Modo ſententia per appellationem] Hoc eum ſit generale nō hic, vbi de crimine furti agitur, ſed ſupra *th. 4 lit D.* proponendum erat, vbi traditur quod per ſententiam irrogetur infamia.

Cur omittitur actio damni.] Ratio apertiſſima eſt, quod in hac actione nullo modo dolus alicuis vindicatur, ſed tantum ad damni dati reſtitutionem agitur.

LIT. D.

Niſi ſuſcepto iudicio mox ſoluerit.] Generalius & pinguius vtitur his verbis, quia opponit litis conteſtationem, qua demum facta iudicium dicitur ſuſceptum, videtur autem non improbare diſtinctionem quam ex Socino refert & probat etiam *VVeſemb. h. tit. num. 9.* vt ſi de tali cauſa agatur, ex qua ipſum factum lex notat, neceſſe ſit, ad evitandā infamiam offerri ante litē conteſtatam, vbi vero damnatum demū ſequatur infamia, poſſe oblatione etiam poſt litem conteſtatam vſque ad ſententiam evitari infamiam. Sed vtrumque probabile non videtur. Equidem quod ad prius attinet pleriſq; caſibus, quibus lex infamiam irrogat; fruſtra de oblatione diſputatur, velut in deprehenſa in adulterio, in ea quæ intra annū nupſit, in prodeunte in ſcenam: quin & ea fere facta, quæ ordinariā perſecutionem & pœnam nō habent, à lege notantur. Et tamen licet terminos habiles pœnas, vbi lex ipſum factum ſtatim notat, nō poteſt ad effugiēdam infamiam quicquam facere, poſtea facta oblatio, præſertim cum, vbi ad iudiciū deuentum eſt, & de cauſa tractatum vſque ad litis conteſtationem: quomodo quidem, vbi ipſo iure irrogatur infamis, ea non evitari, ſed purgari dicenda eſſet. Alterum membrum diſtinctionis inde dubium fit: quod ſi confeſſionis præſumptio, ad infligendam infamiam iure ſufficiens, oritur ex pacto iuxta *l. 4. §. vlt. & l. 5. h. tit.* multo magis ex oblatione facta præſertim poſt litis conteſtationem: hæc enim longe violentiorem admiſſi criminis præbet ſubmiſſionem.

LIT. E. & F.

Recte notauit Accurſius tum demum ex his quatuor contractibus ſequi infamiam, ſi quis damnetur nomine doli: quod pluribus confirmat *Donellus 18. comment. cap. 8.* vbi etiā inquirit in rationem cur ſpeciale ſit in his quatuor contractibus iuxta *l. 1. & l. 8. §. penult & vltim. h. tit. §. 2. Inſtit. de pœn. temp. lit.* de quo etiam *Alciat. 2. parerg. 26.*

LIT. I.

Huc addendus notarius.] Conſtitutio Friderici loquitur de ſingulari caſu, extra quem grauiſſima illa pœna amputationis manus non videtur extendenda. Cæterum, ex ſententia relata à Menochio notarius eiuſmodi crimine ſtellionatus tenetur, alias videri poſſit ipſo iure notatus.

LIT. K.

Idem de relegatione.] Atquin ſpecialis videtur ratio ictus fuſtium, quæ pœna eſt quaſi extraordinaria & vaga neque certo delicto præfinita, vt non merito cauſam inſpiciendam eſſe reſpondeatur: relegari autem quis & in exilium mitti citra notam non poſſe videtur. Neque obſtat clauſula. *l. 22. h. tit.* non tam quod ille verſi. ſit à Tribon. vt putat Anton. Fab. ibid. quam potius quia præter relegationem alia

Digitized by Google

alia exempla dari poſſunt. *ex l. 7. de pœn.* Nec obſtat etiam quod *in l. 5. § 2. de extraord. cognit. & in l. 28. de pœn.* relegatio cum ictu fuſtium coniungitur: quia non neceſſe eſt, quæ in vno aliquo vel etiam aliquibus ſimilia ſunt, in omnibus ſimilia eſſe; nam & alias ſequeretur ictum fuſtium ſemper infamare, qui *in dict. l. 5. § 2.* cum iis cauſis quæ ex edicto infames faciunt, coniungitur.

THESIS VIII.

LIT. A.

Negat infamiam facti in ſpecies deduci poſſe, quia conſiſtat in factis, quæ ſunt infinita. Atquin etiam infamia iuris ex turpibus factis naſcitur: & quædam infamia facti ex facto non eſt, veluti qua laborare ex communi ſententia ſpurius dicitur: quin & quæ ex increpatione iudicis vel teſtatoris provenit, de qua Treut. lit. B. & c. non videtur eſſe ex facto: niſi quis dixerit ex increpatione iudicis vel teſtatoris præſumi, quod turpia facta præceſſerint, quibus adeo potius quam nudæ increpationi infamia ſit adſcribenda. Facile ſane admiſerim frequenter ex alia probroſa prauiſque moribus eam infamiam trahere originẽ: quo reſpectu ita diſtingui poteſt infamia iuris & facti: quod quædam facta notet ius & lex ſiue recta & immediate, ſive mediate per ſententiam; quædam vero non notet, ſed turpitudini propriæ relinquat. Secundum hæc non erit vniverſale, quod ait, hanc infamiam contrario facto tolli: eſtque id paulo obſcurius, niſi hoc intelligit, maculam & labem turpi vita contractam, ea in contrarium acta elui & purgari.

LIT. C.

An etiam ſi quis bonis cedat.]Diſtinguit Treut. inter eos qui proprio vitio, & fortunæ vitio ad inopiam ſunt redacti: Atquin illo caſu non videtur eſſe locus ceſſioni per tradita *à Salicet. in l. 1 C. qui bonis cedere poſſunt. Bald. ibid. num. 8. Iaſon in § vlt. Inſt. de act. num 9 & 18.* niſi diſtinguas an quis in fraudem creditorum bona dilapidaverit, in quibus terminis Dd. allegati loquuntur, an alias culpa & negligentia ad inopiam peruenerit, quẽ etiam caſum verba Treut. ſignificant. Sed illud mihi dubium videtur, quod hoc caſu ceſſionem bonorum infamare ait quoniam generaliter traditur *in l. vlt. C qui bon. ced. poſſunt* iis qui bonis cedunt, ſalvam eſſe exiſtimationem: & igitur quocunque caſu ceſſioni bonorum locus eſt ceſſabit infamia, niſi more aut lege turpis aliquis ritus ceſſioni ſit annexus cuius meminit *Cyn. ad Rubric. Cod. d. t. nu. 5.* quomodo decoctores in amphitheatro catamidiari voluit Hadr. referente Spartiano, vbi pluribus id explicat Caſaubonus. Cæterum infamiam facti decoctores qui bonis cedunt incurrere, non dubitarim, vel *ex Nov. 135.* vbi non ſemel ceſſionis remedium appellatur ignominioſum. Et ex ea Nov (quæ tamen recens edita in vulgatis editionibus non extat. hoc quoque ad Treut. notandum, quod qui ſolo fortunæ vitio ad inopiam rediguntur, omnino bonis cedere non coguntur.

LIT. D.

An infamis Tabellio.] Verior videtur hæc ſententia negans, quod præſertim contra Treut. defendi poſſit, huic muneri hodie ineſſe aliquam dignitatem, cum etiam iudices dicantur. An autem vulgo Dd. diſſentiant, non liquet, & video à VVeſembecio tantum allegari Ferrarienſem & Bart. qui tamen *in l. ead. ad l. Iuliam repetund.* diverſam tractat quæſtionem, an notarius ex crimine infami damnatus poſſit conficere inſtrumentum. Quod non adeo abſurde conſentientibus partibus affirmari videtur.

LIT. E.

An ſpurii pro infamibus.] Quoniam remiſſive hanc quæſtionem attingit, breviter etiam hoc tantum notare liber, veram videri vulgatam Dd. ſententiam, quod ſpurii aliqua macula laborent, non ex facto ſuo, ſed propter illegitimos natales. Notantur illi à lege & diuina & Canonica, ex communi quodam gentium & Rerumpub. iure ſcilicet ex quo lex tantum probat concubitus matrimoniales, reliquos improbat & damnat, etiam ex his natos tacite notare videtur. Neque in Repub. labe quadam illi vacare poſſunt, qui patrem, agnationẽ & inſignia non habent. Quod ſi in naturalibus etiam poſt legitimationem autore Baldo cicatrix quædam ſupereſt, quid in ſpuriis niſi hiulcum vulnus ſtatuemus? Verum de hoc plura infra citato loco.

(*,*)

DISPV-

Digitized by Google

DISPUTATIO IX.

DE PROCVRATORIBVS ET DEFENSORIBUS.

Reſpondente

M. ANDREA LUDOVICO SCHOPPEN. Onoldino Franco.

THESIS I.

LIT. A.

VT *ſi donandi animo.*] Exempli loco hoc poſitum, cæteroquin etiam per ceſſionem ex cauſa emptionis vel permutationis procurator in rem ſuam conſtituitur.

Cui venditor cedere cogitur.] Habet ſane etiam vtiles citra ceſſionem ex reſcripto Pij, ſicut quivis nominis emptor Sed poſſit aliquando actio directa eſſe commodior, quod notat *Ant. Fab. 12. coniect. 6 inf.* male tamen allegans Text. *in l. minor. 39 §. 1, de euict. & Caſtr. in l qui ſtipendia 9. C. h. t* Vnde explicanda *l 1. C. de O. & A.* vbi vendito nomine, & venditore ſine hærede mortuo, tantum vtili actioni locum eſſe reſcriptum eſt, quod ex perſona vendentis defuncti actio directa intentari non poteſt. Illa alia quæſtio eſt de qua Pacius, an procurator in rem ſuam ſecundum edictũ prætoris *in l. 35. h. t.* dominũ defendere teneatur: vbi ipſe male procuratorẽ ex neceſſitate factum dicit qui dominus cogitur cedere actiones cum ita dicatur, qui ex neceſſitate quadam ſuſcepit actiones, qua de cauſa *in l. 34. § vlt h. t.* negatur dominum defendere debere. Exemplum proponit Accurſ. in eo, qui debitoris inopis nomen in ſolutum accepit. alia duo adiicit Bart ibid. ſi in actione fam. erciſc. nomẽ alicui aſſignatum, vel in alia actione inſolutum adiudicatum ſit: vt proinde iniuriam Dd. faciat *Anton Fab. 12. coniect.* 10. imputans illis: quaſi, ex neceſſitate, & ex cauſa oneroſa factum, pro eodem haberent, quamuis exempla propoſita ſint de cauſa oneroſa. Sed ad quæſtionem paulo ante propoſitam expedita videtur reſponſio, per diſtinctionem, an quis vtilibus nomine ſuo, an directis nomine cedẽtis, actionibus experiatur: quã præciſè ſequitur *Faber in d. loco.* Sed obſtat *l. 34 h. t.* ad quã non placet emendatio Ant. Fabri, vt proprio nomine ibi emptorẽ egiſſe legamus, vel quia emẽdationes otioſæ ſunt, vel quia in rem ſuam proprio nomine agere non dicunt ICti, ſed nomine procuratorio. Et ergo diſtinguendum cum Dd. I. An procurator factus ſit ex neceſſitate qui defendere non tenetur, an ſecus. II Hic ſub diſtinguendũ, an ex lucratiua factus, qui defẽdere ſemper tenetur, an ex oneroſa. III. Hic porro diſtinguendum *arg d. l. 34.* an ceſſio facta ſit bona fide: & non defendere tenetur, an ſecus, & tenetur. Sed obiicit Faber, quod cum in *l 33. §. vlt.* indiſtincte dicatur, non factum ex neceſſitate teneri defendere, non niſi abſurde ad cauſam lucrativam, vel caſum in quo dolus interuenit, illud reſtringi poſſit: eaque de cauſa Caſtr. & alii caſum quærunt lucratiuæ cauſæ cum neceſſitate coniunctũ. Tribus modis huic obiectioni occurri poſſe mihi videtur. I. Vt duo illa loca *in l 33. & § vlt. & l. 34. h. tit* coniungantur, ex iiſque coniunctis quæſtionis huius deciſio petatur. II. Vt diſtinguamus inter actionem quæ ex eadem & diuerſa cauſa deſcendit: vt illo caſu, qualis proponitur *in l. pater 70 h. t* ex oneroſa cauſa factus defendere teneatur. III. Inter eum qui oneroſo titulo acquiſiuit actionem ſingularem, & qui per vniuerſitatem vt hic demũ, de quo agitur in *d. l. 34 h. tit.* vbi omnia bona fide geſta ſunt, defendere non teneatur Neque obſcura eſt differẽtiæ ratio, quod hoc caſu v. c. emtor hæreditatis non nomen aliquod ſiue hoc, ſiue illud, ſed totã hæreditatem ſpectauit, adeoque merito exercendo actionem, quam inter cætera in hæreditate bona fide empta inuenit, defenſione venditoris onerari non debet

Vnde ſtatutum.] Quod procurator in rem ſuam vere procurator non ſit, & ſtatutũ de procuratore loquens, de eo non intelligatur, multis autoribus probat, *Schrad. citata part. 10. Sect. 8 concl. 1. n. 4 & 5.* Id tamen non ſimpliciter negandum, ſed cum multæ & variæ ſint procuratorum qualitates, de hoc ex re ipſa, de qua ſtatutum loquitur putaverim eſſe ſtatuendum: ſiquidem non pauca ſunt, quæ etiam procuratori in rem ſuam accommodari poſſunt, veluti quod lite nõ conteſtata dominus prævertere poteſt *l 3. C. de novat* quod dominum defendere tenetur *l 33 §. vltim h. t. &c* quid, quod directas actiones nomine cedentis moventi definitio a Tr. tradita competit?

Nec abſque conſenſu actoris.] Nec cum præcedẽtibus hoc bene cohæret, & obſcure proponitur: ſed ſenſus eſt, ex Schrad. citato loc quod abſque cõſenſu actoris, in eius præiudicium, ex

Digitized by Google

parte rei procurator in rem ſuam conſtitui & intervenire non poſſit. Exempla de venditore rei ſingularis vel emptore hæreditatis proponit *Caſtren. in l. ſi actor 19. h. t.* Cæterũ in vniuerſũ ratio manifeſta eſt, quod invito creditori alius debitor ſubſtitui nõ poſſit licet. poſſit invito reo nomen vendi alteri *leg. 3. C. de hæred. vendit.* Ratio præterea, quæ adducit Schrad. *dict. loc.* dari poteſt: tum quod licet ius directarum actionum non minus inſeparabiliter perſonæ creditoris inhæreat exercitium tamen eorum ſeparari poteſt: cuiuſmodi exercitii cõſideratio in reo nulla eſt: tũ quod nihil intereſt rei a quo conveniatur, intereſt autem actoris, hunc potius habere reum: intellige autem, non poſſe alium obiici actori in iudicio reum, qui eodem iure quo reus actionem excipiat: cæterum cum ſatisdatione de iudicio ſoluendo, quamvis etiam invito actore defenſioni rei ſe offerre poſſe conſtat.

LIT. B.

Actio vel defenſio.] Eſt ex collectione patrium compoſita deſcriptio, non accurata definitio, quia non competit tota ſingulis ſpeciebus.

Nam definitio in l. 1.]Non ſat apparet, quo iſta verba parentheſi incluſa pertineant, cæterum videtur velle reddere rationem, quare non vſus fuerit definitione ICti *in l. 1. h. t.*

Exceptis quibuſdam caſibus.]Apud. Wurmſ. nihil tale, in ſeq. diſtinguẽdum, an reus forte propter qualitatem cauſæ præſens comparere cogatur, an ſecus: quem caſum citatus Mynſ. proponit. quamvis haud ſciam an ſatis bene iſta ſententia defendatur argum. Edicti, *quod quiſque iuris &c.* quippe quod ita accommodandum huic caſui videatur, vt actor poſtea ab alio in iudicium vocatus, præſens teneatur litigare.

LIT. C.

Qui proprie cognitor dicitur.]In textibus citatis nihil de cognitore: Res ipſa quid cognitor fuerit, non ſatis eſt liquida Tr. eum definit defenſorem, & aperte tantum à partibus rei cõſtituit: quod non cõvenire videtur traditis à *Paulo ſent. 2. & l. vltim. C. th. de cognit.* nec apparet ſatis rationis, ob quam non ex parte actoris cognitor dici poſſit: Generale eſt illud Hort. 2. Sat. 5.

Ire domum atq;
Pelliculam curare iube ſis cognitor ipſe

Nã quod Aſc. Ped. cognitorẽ vocat defenſorem familiariſſimũ, ex parte actoris cognitorẽ intervenire nõ poſſe, minime evincit: cæterum in diſtinguendo cognitore & procuratore ego cont. Tr. ſequor *Robert. 2. rect. ſent. 1.* quia etiã à præſẽte conſtitui procurator poteſt: & eſt revera illa diſtinctio præſentiæ, & abſẽtiæ accidẽtalis: hæc autẽ eſſẽtialis, quod procurator (vt ait Pæd.) negotiũ in ſe ſuſcipit, & dñs litis efficitur: cognitor tantũ vicariã & miniſtri operã præbet, in ſe iudicio nõ translato: ex quo tamẽ hoc conſequitur, quod fere in caſu cognitoris dominũ oportuerit eſſe præſentẽ, poſterioribus temporibus fortaſſis iſtam differentiam obſervatã non fuiſſe indicium præbet *l. vlt. C. Th. de cognitoribus.*

Qui abſentis cauſam cum ſatiſdat.] Niſi ſubaudias verba, *ſine mandato*, vitioſa erit definitio: quod etiam procurator rei de iud. ſolv. ſatiſdare cogitur. *l. vn. inſ. C. de ſatiſd.*

Diſſ. vulgo Dd. Illud vtriq; verũ eſt quod defenſoris verbũ etiã eũ contineat, qui cum mandato reum defendit: ſed Tr. hoc nõ obſcure imputat Dd quaſi hunc negent eſſe procuratorẽ. in quo ipſis iniuriã fieri nullus dubito. Licet enim *Acc. in l. 1. de procur.* ita loquitur, ipſe tamen *in l. inſ. C. de ſatiſ.* expreſſe procuratorẽ rei agnoſcit oppoſitũ defenſori, qui non habeat mandatum. Et qui hoc non agnoſcant Dd per Tex. exp. *in d. l. vn. & in § ſi vero aliquis I. de ſatiſdat.* quo vtroque loco omnes commentatores *in Cod. & inſt.* procuratorem rei ſtatuunt.

LIT. D.

An procuratoris datio.) Ad quæſtionẽ hanc decidendã quid ſit actus legitimus fuerit definiẽdũ: quod nõ præſtãt Cui. & Hot. aliquid præſtat Tr. *ſ. diſp. 27. th. 4. lit. A.* in cuius ſententiã proclivior ſum: quod alias, vt recte Cuj. nihil non fere ſub actus legitimos referri poſſit. Et magis eſt vt datio procuratoris nõ fiat niſi per modũ contractus. Et ratio Hotom. qua ſola movetur, præſupponit, & quod omnis qualiſcunq; ceſſio ſit actus legitimus: & quod in cõſtitutione procuratoris ſingulari ceſſione ſit opus. Atqui II nihil niſi mandatũ deſiderant, etiã vbi de procuratore in rem ſuã tractatur *l. 5. & 8. C. de act. vend. l. 1. & 6. C. de oblig. & act. l. vltim. C. quand. fiſc. vel priv.* quin *in l. 65. D. h. t.* literæ ad aduerſarium directæ, vt quis actionem alieno nomine mouere poſſit, ſufficere videntur. Fac, quod etiam procurator generalis, etiam cõiuncta perſona, etiã pro cuius mandato præſumitur, cum cautione rati circa aliam ceſſionem admittitur.

LIT. E.

Excipio cauſã ſtatus.]Intellige in ſpecie quæſtionẽ de libertate & ſeruitute, & quidẽ ex parte eius cui cõtrouerſia mouetur, vel potius, qui ſui controuerſiã domino movet: quod nominatim cõſtituit Iuſtin. *in l. 1. C. de adſ. toll.* reſpiciens vid.

co

Digitized by Google

eo quod iure veteri ſervus in libertatẽ vindicabatur per adſertorẽ, qui tamẽ à procuratore lõge diſtat. Nihil igitur reuera hic mutauit luſtin. & *l. 33. §. 1. h. t.* ſatis perſpicue loquitur de aliis cauſis, non ipſa quæſtione ſtatus quia poſtrema eſt Accu. & ab ipſo probata reſpõſio idq; ſignificat ſumma *Bal* 1. *ad illum* §. quod pendentia litis habilitet aliquem, qui alias eſſet inhabilis: innuens ſcil. quo ad alia, eum de cuius ſtatu litigatur, ordinata & ita pendente lite haberi pro libero *l. 24. de liber cauſ l 14. C eod.*

Cauſam popularem.]Ratio hic non ea eſt, quæ in cauſa ſtatus, ſed quid hic par & æquale omniũ ius. quod fallit, vbi quis proprium intereſſe perſequitur: quo reſpectu actio illa non popularis ſed priuatæ habet rationem.

Idem interdicto de liberis.] VVeſembecii ratio, quod hæc petitio mere ſit perſonalis, non videtur concludere: & cũ hoc interdicto non niſi exhibendo agatur, nihil impedire videtur, quo minus exhibitio per procuratorem petatur Sequitur autem interdictum de ducendo *l. 3. de liber exhib.* cui magis ratio illa eſt accommodata.

LIT F

Infamoſis]Diſtinctio hæc, an cauſa famoſa popularis ſit, nec ne, vitioſa eſt: non tã, quod quædã cauſæ populares criminales ſunt, cum tamen hic de ciuilibus tantum agatur: quã potius quod cauſæ, vt ita loquar, famoſitas, non facit, vt tanto minus admittendus ſit procurator, ſed ex eo, an perſecutio criminalibus publica ne, an civilis privata ſit, deciſio huius quæſtionis petenda eſt. velut nec in ijs popularib⁹ cauſis quæ famoſæ nõ ſunt, admittitur procurator. Amplius ſententiam ſuam non recte confirmat *ex l 39 §. vlt h. t* quæ de reo tractat, an defẽdi poſſit per procuratorem: neque enim dubium eſt quin illo loco legendum ſit, nõ, *accuſabitur*, ſed *excuſabitur*, quod ipſe contextus & quæſtio ibi tractata, de tutore ſuſpecti poſtulato, evincit: ideoque hic diſtinctione inter actorem & reum opus eſt: ſiquidem ex huius parte, etiam in popularibus & criminalibus quibuſdam cauſis, procurator intervenire poteſt.

Diſſentit Maranta]Hic quoque offendit Tr. quod cũ quæſtio & diſtinctio hæc ad cauſas civiles pertineat, de quibus nominatim hoc proponitur lit. E. vtique Marant. allegatus, de cauſis criminalibus tractat, in quibus etiam tãtum relegationi relinquitur locus. Sed & amplius diſtinctio illa Dd. ad rem tantum pertinet: & tamen quæſtio proponitur de procuratore rei & actoris.

LIT. G.

Alias enim proceſſus.]Incaute affirmat Tr. in genere, ſi procurator talis non ſit vt dati potuerit, proceſſum eſſe nullum: ſiquidẽ pro regula traditur, quod exceptio procuratoria non niſi vſq; ad litem conteſtatam poſſit opponi. Exemplum eſt in mulire, qui licet recte procurator non detur *l. 5 C de condict cauſ. data l. 7 C h. t* ne quidem ſi pars adverſa conſentiat expreſſe *l. 8. § 2 h. t §. vltim. Inſt. de except* attamen ſi pars adverſa litem cũ eo conteſtata ſit, conſiſtit iudiciũ, ita vt eius litis effecti domini, recuſandi porro nulla ſit poteſtas *d. l. 8. §. 2. & l. 13. C. h tit* Neque obſtat *l. 24 C. eod.* quæ loquitur de falſo procuratore qui non habet mãdatum, cuius defectus, ad annullandum proceſſum efficacior eſt, quam defectus quivis in perſona. & cum *Dd in d. l 24.* inter exceptionem, tu non potes eſſe procurato , &, tu non es procurator, eſt diſtinguendum: quæ duo à Treutl. confuſa eſſe ex allegato Vautio colligere licet.

THESIS II.

LIT. A.

Mutus & ſurdus.]Hi vtique ſub ea regula, qua in theſ. qui conſentire non poſſunt, procuratorem dare poſſe negantur, referendi non erant: quia vtique conſentire poſſunt, adeoq; procuratorẽ & dare per eum modũ qui procedere poteſt, vt loquitur *ICtus in l. 43 in pr h tit* cuius ſequentia verba, *forſitan & ipſi dantur*, &c. obiter hic aſſerere libet contra Ant. Fab qui ea Triboniano aſcribit tribus rationibus. I Quia ineptũ ſit dubitanter ſcribere JCtum. II. Quia ſurdi & muti nõ poſſint eſſe tutores. III. Quia ſtultus ſit, qui talibus vtatur procuratoribus Verum hę rationes tãti nõ ſunt: etenim I Particula, *forſitan*, ſæpe elegantiæ & modeſtiæ cauſa vtuntur autores. & ex Fabri quidem ſententia de hoc dubitari poſſe, ipſius rationes faciunt fidem. II. Latiſſima differentia eſt inter tutorem & procuratorem ad negotia. tum quo ad ipſam adminiſtrationem, tum quod non eligunt tutores ipſi pupilli, ſed accipiunt datos ab aliis. qui idoneos conſtituere neceſſe habent. Ex quo & tertia ratio corruit: quivis ſcilicet eſt rei ſui arbiter & non magis ſtultus erit talis, quam qui pupillum negotiationi ſuæ proponit inſtitutorem: & id tamen recte fit *l 6. §. vlt. de inſt. act.*

LIT. B.

Ait hic, quod excommunicatus non poſſit cogi dare procuratorem. Arquin excommunicato agere volente, quæſtioni locus non eſt: cæ-

 terum

Digitized by Google

terum ſi de eo convento quæratur ſententia iſta falſa videri poſſit per *cap. 7. de iudi.* vbi dicitur quod debeat reſpondere per alium. Quæ conſtitutio inepta futura ſit, ſi hoc arbitrio & voluntati excommunicati relinqueretur.

Lit. C.

Ita etiam vt cœptam actionem.] Exiſtimat igitur Treutlerus facilius eſſe, vt actiones ante bannum cœptas proſequatur, quam inſtituat nouas. Quod licet ita etiam proponat *Gail. 2. de pact. public. 12. numer. 11.* non ſatis tamen rationi iuris conuenire videtur. Nimirum quæritur aut de actionibus nouis ante bannum vel poſtea quæſitis. Illarum eadem ratio eſt quæ antea inſtitutarum, quæ cum omnes publicentur, earum nomine, actionem, aut inſtitui, aut inſtitutam continuari vel abſolui fuerit abſurdum: quod probatur exemplo deportati. *l. 47. de fideiuſſor.* & confirmatur *argument. l. 4. in princip. ſi quis caut.* vbi dicitur deportato eo, qui ante ex cauſa ciuili iudicio ſiſti promiſerat, exceptioni eſſe locum. Neque obſtat *5. §. final. de public. iudic.* vel quia reſtringi poteſt ad pœnam deportatione minorem, vel quia alia ratio eſt actionis & obligationis priuatæ, alia accuſationis publicæ, in qua intereſſe reipublic. & ſceleris vindicta vertitur. Cæterum actiones poſtea quæſitas interim vtiliter exercet deportatus, licet ſucceſſorem olim fiſcum & hodie proximos cognatos habeat *l. 22. §. 4. mandati l. 14. 15. d. interd. & releg. l. 2. Cod. de bonor. damnat. Numer. 17. cap. 2. Numer. 134. cap. vltim.* in quo videtur deterior conditio banniti per tradita à Gail *d. lib. 2. de pact. publ. c. 12.*

Tentari tamen poteſt.] Ait defendi poſſe bannitum, ſi in ius vocetur. Verum nulla plane hic ratio poteſt eſſe dubitandi quoniam cum in ius vocare, ſit experiendi iuris cauſa vocare, omnis citatio neceſſario facultatem defendendi ſui præſupponit. Sed illud dubium, an bannitus omnino in ius vocari poſſit, ſiquidem nulla omnino bona habet, ſed omnia omnibus permittuntur, vt adeo non ipſe bannitus, ſed fiſcus videatur conueniendus, quod in deportato certo iure traditum eſt: neque quod bannitus de facto bona retinere poteſt, inde ius ipſum mutabitur.

Facit quod etſi bannitus.] Ratio hæc arguit eum agere de bannito ab aliqua ciuitate aut principe Imperij: vix enim ius commune de iure gentium, & ciuitatem de vrbe Roma accipere poſſis. Sed nulla ratio dubitandi, quin bannitus in alia Republic. & agere & conueniri poſſit, & quæſtio de eadem Republic. in qua quis bannitus eſt, formari debet: nam & verbi cauſa à Romanis olim bannitus, ſi ad Parthos vel Germanos migraſſet, procul dubio apud eas gentes in ius vocari potuit & defendi: ſicut & bannum Imperij noſtri extra Germaniam vires non habere conſtat.

Idemq́; in excommunicato.] Non puto ſatis bene hunc comparari bannito: ſiquidem excommunicatio animam, & iura ſpiritualia non temporalia concernit: qua de cauſa excommunicatum ciuem manere nullus dubitauerit.

Lit. D.

Multos coniungit Treutlerus excommunicatum, bannitum, captum ab hoſtibus, in quibus non eſt eadem determinatio: contra doctrinam *Iohannis Fabri in §. ſin autem Inſtitut. de ſatiſdat. verſ. eodem obſeruat.* & regula ſubiecta de ijs qui vel domini non ſunt, vel non abſolute ſui iuris, vtique fallit in excommunicato: imo amplius fallit in patre adminiſtratore & vſufructuario bonorum filij, in prælatis & epiſcopis, in executoribus vltimarum voluntatum: quæ tanquam communiſſime recepta omnibus contra Gloſſ. damnatam tradunt *Bald. Salic. Caſtren. & alij Dd. in l. neque tutores. Cod. h. tit. Ang. in §. ſin autem. I. de ſatiſdat. numer. 7. Iohannis Fabri ibid. in verſ. eod. obſeruand. in l. quod quis 8. Cod. h. tit. in octau. limit.* Eoque hæc potius regula videatur ſtatuenda: eos non poſſe dare procuratorem, qui vel plane non, vel non ſuo nomine, perſonam ſtandi in iudicio habent: vnde minor etiam curatorem non habens, licet recte contrahat,

Digitized by Google

trahat, procuratorem tamen ad iudicia recte non dabit.

Lit. F. & G.

Sed non abſolute ſui iuris.] Non recte minorem referre videtur inter eos, qui non ſunt abſolute ſui iuris: quoniam non datur tertium vel medium inter membra oppoſita, eorum qui ſunt, vel non ſunt ſui iuris. Et vt maxime hoc aliqua ratione defendi poſſit, inde tamen non recte videtur peti ratio, cur non poſſit dare procuratorem? ſed inde potius, quod ipſe idoneam in iudicio ſtandi perſonam non habeat. Minus recte filiusfamil. dicitur non eſſe abſolute ſui iuris quia hic ſimpliciter non eſt ſui iuris: ſed reſpectu quorundam bonorum pro patrefam. habetur.

THESIS III.

Lit. A.

Niſi in rem ſuam dolus.] Hoc ita ſimpliciter in Textu iuris Canonic. proponitur: ſed videri poſſit ex ratione iuris noſtri diſtinguendum: an *ver. cauſ.* cui venditum eſt nomen & mandata actio, actiones vtiles proprio nomine, an directas procuratori & mandantis nomine quamuis & hoc caſu rem ſuam gerere dicatur *l. 9. Cod. h. tit. fac. l illam 33. Cod. de donation* mouere & exercere velis.

Vel à domino poteſtas.] Hoc tamen caſu non ſubſtituunt iure & nomine ſuo, ſicut cum item conteſtati ſunt, ſed nomine domini tanquam nudi miniſtri: quod recte notat *Caſtren. in l. 8. & in l neque 11. Cod. h. tit.*

Qui poſt litem conteſtatam demum.] Hanc Azonis opinionem etiam probant *Salicet. d. l. 20. in Cyn. ibidem infr. Bald. ibidem & Sichardus numer. 5* qui omnes in argumenta adducunt *l. 2. Codic. de conſort. eiuſdem lit.* ex qua tamen ſententia hæc non iuuatur, quod ibi conſors ab initio abſens fuit, alias cautione rati non fuiſſet opus. Et ſane repugnat huic opinioni, quod hic ceſſat vo.ca & ſola ratio, quæ procuratori ius ſubſtituendi facit, quod ſcilicet litis conteſtatione dominus efficiatur litis. Et improbabile eſt, quod Doctores paulo ante citati, primum actum a ſubſtituto tali geſtum, vicem litis conteſtationis obtinere contendunt: tum quia rationi non conuenit, vt actus aliquis eſſentia plane diuerſus, ad inducendum præſertim magni momenti effectum, pro litis conteſtatione habeatur: tum quia ita porro alter ſubſtitutus poſt primum actum iudicialem, poterit ſubſtituere, & ita progreſſus erit in infinitum. Secundum hoc ſequor potius *Caſtren. in d. lib. 20. & ibidem Bartol.* qui recte diſtinguunt, vt tum demum procurator poſt litem conteſtatam factus ſubſtituere poſſit, ſi dominus ei ceſſerit actionem ita, vt in eum vtile transferit dominium: vel etiam, ſi vt Caſtrenſis loquitur, dominus fecerit remitti omnes actus iudiciarios vno contextu in perſonam procuratoris: id eſt, vt loquuntur ICti, ſi authore prætore iudicium à domino in procuratorem fuerit translatum: quo caſu perinde habetur, ac ſi procurator initio iudicium ſuſcepiſſet, & ipſe litem conteſtatus fuiſſet: coque recte defendemus, talem procuratorem ſtatim nullo actu iudiciario geſto, ſubſtituere poſſe. & ita quidem, vt ſubſtitutus totum negotium totamque cauſam proſequatur, per textum *in l. 8. Cod. h. tit.*

Lit. B.

Verba theſis ita habent: quod procurator in cauſa appellationis ſubſtituere poſſit alium, niſi ab interlocutoria ſit appellatum. Ex quibus efficitur abſurda ſententia, quod plus iuris habeat & retineat procurator poſt ſententiam definitiuam, quam poſt interlocutoriam. Eoque dicendum hic eſſe errorem typographicum & addita negatione legendum, *ſubſtituere non poterit alium, niſi, &c* quod & ratio ſubiecta ſuadet de ſententia litem finiente, & communiter tradunt *Dd. in l. 17. Cod. h. tit.* quod ſi ab interlocutoria

ctiones delicta non ſunt, ſed ea tantum ratione infamia his caſibus ſequitur, quod ea facta ratione obiecti præſumptionem inducunt cõfeſſionis, & quidem ex eiuſmodi cauſa, ex qua damnatum infamia ſequeretur: confeſſum autem lex pro judicato vult haberi.

Ex contractu enim.] Videri poſſit excipienda cauſa tutelæ, *argum l. 7. Cod de interd. matrim* vbi cõfeſſus dicitur eſſe pro damnato, ideoq; notari infamia, pactio autem hic habet vim confeſſionis *l. 5. h. t.* Verum quia *l. 7. h. t.* generalis eſt, & in materia odioſa, non ſunt faciendæ extenſiones, & pactus revera confeſſus non eſt, præſtat, *vt d. l. 7.* intra terminos ſuos coerceamus.

Dato pretio tranſigens.] Ipſum verbum tranſigere pecuniæ dationem implicare videtur, *argum. l 38. C. de tranſact.* Cæterum cum ex allegatis confuſum de cauſis civilibus & criminalibus agi appareat, in his pactionẽ quoq; ſimplicẽ prohibitam eſſe colligere licet, ex *l 18. C. de tranſact.*

Alia ratio eius, quod ad redimendam vexat.] Exceptio hæc fere deſtruit regulam, qua pactus dicitur fieri infamis, & nemo non hoc prætendat, ideoq; in dubio ſemper eum qui pretio adverſarium deſiſtere facit, corrumpendi animo hoc feciſſe, eoque infamem fieri defendam niſi de manifeſta actoris calumnia conſtet.

Intellige poſt litem conteſtatam] Obſtat *l. 6 §. 3. h. t.* ex quo contrario ſenſu bene probatur, eum qui pretio dato impetrarit, ne ſecũ ageretur, (& ergo nondum actum eſt) fieri infamem Et tanto magis igitur notabitur, qui poſt prætorem aditum & actionem petitam cum adverſario fecit pactionem. Neque obſtat, quod confeſſio extraiudicialis nihil operari dicatur: quia hæc regula multas patitur exceptiones, & inter eas etiam hanc, quando lex vel edictum eiuſmodi cõfeſſionem pro validis habet. Sed & quod poſt aditum prætorem fit, extraiudicialiter fieri ſimpliciter dici non poteſt: ſiquidem etiam in iure confeſſi maxime proprie pro damnatis habentur: & vtique quod de pactione dicitur, minime ita accipi poteſt, vt in ipſo iudicio factum eſſe oporteat. Non obſtat etiam *l. 15 h t.* vel quia ibi agitur de condemnatione, vel quia ibi non eſt duplex ratio, ſed poſterior de lite conteſtata eſt ratio rationis, cur ibi ſervus nõ fiat infamis, quod ſcilicet ipſius nomine litis conteſtatio facta non fuerit: ſicut quivis infamiam effugit, qui per procuratorem accipit iudicium.

Niſi prætor iuſſerit.] Hoc tantum ad cauſas civiles pertinet, & tamen Tr. confuſim etiam de criminalibus diſputat

Niſi iuratum ſit.] Inſubtiliter hoc pro exceptione ponitur ad regulam quæ eſt de paciſcẽte: vel quia qui jurat, non paciſcitur de crimine, vel quia jurans pro innocenti & abſoluto, pactus autem pro nocenti & confeſſo habetur.

Improbum fœnus] Vſurarios ipſo iure infames eſſe vt non opus ſit ſententia, quod jure noſtro talis actio ex qua damnatum infamia ſequatur, contra eos non detur, notat *Accurſ in l. improbũ C. h. tit.* quem ſequuntur communiter *D. l. Cyn. Brin. Bl. Salicet Caſtrenſ &c. ibid* Plane, quod fœnus non tam occulte exerceatur, ſententia declaratoria hic aliquando opus fore notant Dd. neque male hoc illuſtrat Salicet. exemplo Lenocinij & adulterij, quod illud palam exercentes, & in hoc deprehenſi, ſine ſententia infamia notantur. Species autem ſententiæ declaratoriæ eſſe videtur, ſi iudex coram quo V. C. condictione certi actum eſt, cum deprehendiſſet vſuras illicitas acceptas & exactas fuiſſe, ſimul in ſententia dixerit, videri eum improbum fœnus exercuiſſe, *argum. l. 5 C. de calumniat.* quo docet aliud quiddam quam ſuper quo actum directo fuerat, in ſententia exprimi potuiſſe.

LIT. K.

Recte ſub claſſem iſtam refert Treutl maiorem qui receſſit à tranſactione jurata ſed in hoc fallitur, quod diverſam ſententiam Dd. imputat. Etenim quod ipſo iure & infamia notetur & actione privetur, tradit *Accurſius ad eam l ſi quis maior. 41. Cod de tranſaction. Salicet. ibid num. 6. 11. & 14. Caſtren. num. 3. Bart. num. 10. Bald colum. vlt.* vbi in genere notat periurium fieri infamem ipſo iure ſi iuratum ſit, ſuper contractu & ſuper futuro: *& Iaſon ibid. colum. 6.* clarum hoc eſſe, & quod ipſo jure irrogetur infamia, ab omnibus teneri teſtatur: & hanc ſententiam ſuadent verba conſtitutionis, & ratio quæſt. præced ex Accurſ. allata quod hic nulla ſit actio, ex qua damnatum infamia ſequatur.

Non in aliis contractibus.] Vix videtur conſtitutio *d l. 41. C. de tranſact.* reſtringi poſſe ad ſolas tranſactiones: tum quia & ratio generalior eſt, quæ ſumitur à violatione nominis diuini: tum quia non tantum tranſactionem, ſed etiam pactorum ibi fit mentio, *in prin.* ibi, *adverſus pacta vel tranſactiones:* & hæc videtur Dd. ſententia, referente *Salicetto in d. l. 41 nu. 1* vbi ait quod illa conſtitutio locum habeat in quoque contractu, in quantum ſcilicet poteſt adoptari: Neque abſimile

ſimile

Digitized by Google

ſimile vero eſt, à Theodoſio generaliter hoc fuiſſe ſtatutum, quod a Triboniano ſub tit. de transactionibus relatum fuit.

Cum non in ſpecie iuratum eſt) Recte ſe habet hæc ſententia, a qua male diſcedit *Iaſon ibi l columu. 7* & adeo ſi quidem in ſpecie iuramentum requiritur, idem ſtatuam contra Treutler. ſi promiſſio facta ſit ſub fide Chriſtiana; quia etiam hic verum eſt, in ſpecie & formaliter iuratum non eſſe & haud ſcio, an in homine Chriſtiano diſtinctio illa fidei politicæ & Chriſtianæ ſit admittenda, de quo pluribus infra diſputat 21 theſ 1. Facit pro hac ſententia, quod conſtitutio. *d l 41.* propter grauitatem pœnarum, quibus etiam propter ſolam interpellationem contrariam locus eſt, omnino intra terminos ſuos eſt coercenda.

Ne quidem locus ſit purgationi moræ.) Hæc quoque ſententia Doctorum communior eſſe videtur quam refert & ſequitur *Salic. num. 4. Caſtren num. 3. Bart. num 11. Iaſon colum. 6. in fin.* qui omnes hac ratione vtuntur, quod executio recta fiat ab ipſa lege: & alias purgatio moræ reſpicit intereſſe partis, hic autẽ lex factum notat. Quibus conſequenter incommoda videtur Tr. limitatio, niſi quis in minimo deficiat: quia cõtrauenire transactioni, iuxta modos *in d. l. 14.* traditos, eſt quid indiuiduum: niſi forte Tr. diuerſa pœnarum genera confudit, aut diuerſos contrauenendi modos, quia primo intereſt, an de infamiæ pœna, an præſtatione pœnæ promiſſæ vel reſtitutione acceptorum quæratur. II. An contraueneris interpellando magiſtratum vel non implendo promiſſa. Pro qua diuerſitate, ſi accurate agere velimus, diverſimode etiã quæſtio formanda erit: nimirum an qui non impleuit promiſſa, celeri oblatione moram purgare, & quoad omnes effectus poſſit & poſſit & pœnas Quod ſane niſi perſpicua adſit contumacia æquitatis intuitu, quicquid etiam Tr. videatur, affirmare malim, nec obſtante quidem ipſa cõſtitutione, in qua verba, *non implendo promiſſa*, cũ effectu accipi debent. Alia quæſtio erit, an qui interpellauit magiſtratũ, pœnitentia ſtatim ſecuta, (quoniã hic de purganda mora inepta ſit diſputatio) pœnas legis evitare poſſit. Vbi licet cortex verborũ pro negatiua ſter ſententia, attamẽ videri poſſit Theodoſius nõ in nudã interpellationẽ, ſed magis in eiuſdẽ perſecutionẽ, tamẽ grauiter animadvertere voluiſſe: adeoq; ſi quẽ nullo expectato reſponſo ſtatim pœniteat exhibitæ ſupplicationis, iſque eam quaſi improbans conventis ſatisfaciat, humanius certe affirmantem amplectemur ſententiam, quam etiam non paucis probatam fuiſſe, licet videre ex ijs, quæ *Bart Bald Iaſ. & alij ad d. l. 41.* notarunt. Omnimodo ſi æquitas Canonica iuri ciuili hic recte opponitur, ſecundum illam vtique, cõtra quam Tr. videtur hoc defendere non dubitarim.

THESIS VI.

LIT. A.

Si modo nominatim) Duobus tantum caſibus militi miſſo infamiam irrogari putat Treut ſi nominatim hoc adiectum ſit, & ſi ei ſignia militaria detracta ſint Verũ ego tertium caſum addendum exiſtimo, ſi expreſſa cauſa ignominiæ miſſus proponatur miles *per l. 13. §. 3. de re militar.* quæ ſane reſpuit lectionẽ Haloandri *nihilo magis*, quam probari à Tr. argumento eſt quod improbat *Ant. Aug qui 1. emendat 3.* nõ obſcure probat lectionem Florentinam, *nihilominus*. Neque obſtat noſtræ ſententiæ *l 2. in prin verſ. & ſi princeps h. tit.* nam vt non probemus emendationem *Hottomanni 7. obſeruat. 16.* neque cum *Petro Fabr. 1. ſemeſtr. 16. in fin* verba, ignominiæ cauſa, per errorem vel brevitatem, omiſſa dicamus, aut cũ aliis, quod de adiectione verborum illorum. *in d. l. 2* dicitur, præciſæ neceſſitatis eſſe negemus: expeditior reſponſio eſt, quod caſus ibi propoſitus, opponatur miſſioni ſimplici, in qua nec ignominioſa cauſa, expreſſa fuit: & agitur in d. verſ. de dimiſſo exercitus duce, quẽ difficilius infamia notari non abſurde quis dixerit. Cæterum exempla miſſionum ignominioſarum, adiecta cauſa, non tamen adiecto, ignominię cauſa quem mitti, ipſe refert *Petr. Fab. d. c. 17.* male adeo à Tr allegatus.

LIT. B.

Proponitur initio vera reſolutio & explicatio. *l. 20. h. t.* in cuius emendatione turpiter lapſus eſt *Ant. Fab 6. coniect. 6.* Negat ibi, ſententiam illius legis à Dd. explicari. Imo vero & Accurſius & alij ſatis perſpicue explicant, & inſtigatorem à mãdatore diſtinguunt Vellicat inde diſtinctionẽ Bartoli; quis inquit dixit Bartolo in ſpecie *l. 20.* aut cauſa nõ cognita pronunciaſſe, aut vero ſaltẽ interlocutũ eſſe præſidẽ: Atquin in cõponendis aliquãdo textibus iuris divinationes admittimus & Barto. poſt Accurſ. illam diſtinctionem addit inter inſtigatorem ſimplicem, & cũ qui operam addit, probationes inſtruit, &c. Et iuſtius nobis quærere liceat, quo autore aut qua ratione, verba illa, *qui exhortatur*, ad præſidem referantur: quidem ſententiam ferendo non

niſi

niſi inepte dicitur exhortari. Et vero vnde tandem amicum illum præſidis animum colligamus: ſiquidem verba, *callido commento*, dolũ arguunt, & iam paſſim notum eſt, verbo, *vtieri* in ſententiis iudices vti fuiſſe ſolitos. Et ergo ſi prætor in propoſita ſpecie dixiſſet: callido commento videris accuſationis mandator fuiſſe, ex ſententia quidem Fabri, ne hic quidem infamia ſequeretur. Sed pigeat in re manifeſta plura perdere verba.

In privato iudicio actor donare cauſam poteſt.]Notandum. I. quod verba in th. *in iudicio publico prævaricationis vel calumniæ nomine quid feciſſe iudicatur*, duplicem habeant ſenſum: & quod in ipſa ſententia ſuper publico crimine lata ita fuerit perſtrictus, (quod fieri ſolitum docet. *l. 20. h. t.*) & fit infamis per *l. 5. C. de calum.* & quod ob calumniam in publico iudicio commiſſam ſeparatim fuerit accuſatus & damnatus: quo itidem caſu infamem eſſe non dubitatur. Cæterum Tr. duo dicit in exegeſi, in privato judicio donare actorem cauſam poſſe, & ſi calumnietur non fieri infamem: prius enim illud ad prævaricationem pertinet. Et in civilibus quidem privatis judiciis hoc expeditum eſt, vbi ex parte ipſius actoris (ſecus enim in advocato) prævaricationi locus non eſt: & hic quoque calumniantem infamia notari, non proditum eſt; ſed aliis hic pœnalis locus *in pr. & §. 1. Inſt. de pœn. tem. litig.* Ex quarum numero eſt autore Treut. actio in factum de qua *ſcil. t. t. de calum.* & ea tamẽ ſpecialis eſt cõtra eos, qui vt per calumniam alteri negotium faceſſerent, pecuniam accepcerũt. Itẽ actio decimarum, quam reductam ait *à Iuſtin. N. 112. cap. 2.* aliquanto pinguius, quia ſpecialis ibi cautio introducitur de præſtanda decima: & pinguius adhuc proponitur differentia, inter actionem (vt loquitur Treutl.) decimarum, veterem & novam: quia vtrique actione nec repromiſſio nec ſatisdatio aut juratoria cautio dici poteſt. Et cũ *in Nov. 96* veteris cautionis meminit, non tamen ſatis bene *ad §. 1. Inſt. de pœn. tem. litig.* qui citra vllã cautionẽ ex Lege olim decimatiam actionem competiiſſe oſtẽdit. Sed vt redeamus eo, vnde digreſſi ſumus, in civilibus cauſis hæc recte ſtatuuntur, quæ de ceſſante ob prævaricationem aut calumniam, infamia dicta ſunt. Verum cum Tr. privatum iudicium publico opponat, ſub illo neceſſario etiam iudicia privata criminalia & extraordinaria continebuntur: in quibus prævaricationem & calumniam extra pœnam infamiæ eſſe difficile fuerit affirmare vel quia hic non raro de pœna relegationis vel corporali agitur: vel quia hic in calumnioſos extra ordinem dicitur animadverti, *l. 3. ad S. C. Turpil.* Imo prævaricatores eadem pœna tenentur, in quam alias reus condemnatus fuiſſet. *l. pen. de prævaricat.*

LIT. G.

Quod & in ſtell. iudicio placuit] Non cohæret cum eo quod proxime dictum erat, de eo qui in judicio publico calumniatur aut prævaricatus fuerat: vel quia iudicium ſtellionatus minime publicum eſt, vel quia in privatis judiciis calumniam & prævaricationem infamia notari, ipſi Tr. ſententiæ repugnat. Sed nimirum ex eo quod adiungitur intelligendus eſt Treutl exẽplum proponere voluiſſe alterius iudicij, ex quo infamia ſequitur reum damnatũ, videlicet ſtellionatus: vbi videlicet ad componendos textus *in l. 13 §. vlt. h. tit & in l. 2. de crim. ſtell.* diſtinguit, an crimen iſtud concurrat cum alia actione civili famosâ necne *argum. l. infamem 7. de publ. iudic* quæ olim fuit diſtinctio *Iohannis*, quam poſt *Accurſ. in dict. l. 13.* non tãtum vulg. Dd. communiter, ſed etiam ex neotericis plerique magni nominis ICti ſequuntur *Robert. ſent. 17 Duaren. 1. diſput. ann. 42. Cuiacius 10 obſeruat. 26. VVeſemb. in parat. de crim. ſtell. Donell. 18. comm. 8. Menoch. 2. arbit. cent. 4. caſu 381. num 30.* Atquin *Boerus in appendice tractatus de crim. Maieſtat.* aliam, quæ ipſi certiſſima videtur, conciliandi rationẽ proponit: quod iudicium ſtellionatus per ſe quidẽ famoſum non ſit, ſed tum demum ſit, ſi ſequatur ſententia & damnatio. Verum, ſiquidem Boceri honori & exiſtimationi conſultũ volumus, ea componendi ratio diſſimulanda & ſupprimẽda magis quam confutanda eſt: ſiquidem à iure noſtro abhorrens propoſitio eſt: Iudicium aliquod ipſo jure infamare: etſi quidquam in jure noſtro certi, hoc certiſſimum eſt, omne iudiciũ omnemque actionem eo vnico reſpectu, quod damnatum ſequatur infamia, famoſam dici: Neque de judicio credendus eſt loquutus Martinus ab Accur. laudatus, ſed de ipſo crimine, quod ipſo jure non infamet. Et tamen iſta quoque ſententia omnino inepta eſt: quia *in l. 1. de crimin. ſtellion.* ipſius iudicij fit mentio, & quod ſentẽtiam reſpiciat Iuriſcõſultus, ex oppoſitione extraordinariæ coercitionis apertiſſimũ eſt: & ſententia illa, crimen ſtellionatus ipſo iure infamare Iuriſconſulto fuerit indigna: eum nec ea crimina, quæ publico iudicio vindicãtur ipſo jure irrogent infamiam. Addit idem Bocer aliã

explica-

Digitized by Google

explicationem *dict. l. 2.* vt videlicet famoſum ibidem ſit, quod publicum, quoniam alias, ipſius quidem iudicio manifeſto ineptus ſit ICtus, cum omnis extraordinaria animadverſio notam infamiæ ſecum trahat. Verum nimis in ſolens illa explicatio eſt: & videamus an non fortaſſis falſum ſit, quod ita confidenter affirmat Boetius, omnem qui extra ordinem coercetur fieri infamem. Equidem vel ipſa *l. 2. de crim. ſtellion.* falſum illud eſſe evincit: & præter illam *l. vlt. de extraord. cogn. iunct. prin. l. de obl. quaq. ex del.* vbi in iudicem qui per IMPRVDENTIAM male iudicauit, (quem infamia notari dutum fuerit) extra ordinem animadverti traditur: Itemque *l. 1. §. 1. de præuar.* ex qua advocatus, qui etiam in quocunque privato judicio prævaricatus eſt, extra ordinem puniatur: *Item l. 3. ad S. C. Turpil.* quod qui in privatis etiam iudiciis calumniati ſunt, extra ordinem puniuntur: & tandem textus omni exceptione maior *in leg. infamem. 7. de public. iud* vbi expreſſe Macer ICtus negat, quod ſententia ex omni CRIMINE faciat infamem: Atqui n de publicis criminibus res certa eſt. Ergo loquitur de privatis extraordinariis: quod etiam his verbis ſubiicit ICtus: Ex eo crimine quod iudicij publici nō fuit damnatum infamia NON ſequetur, (& vtique tamen hic extra ordinem animadvertit, niſi id crimē ex ea actione, &c: Vnde efficitur conſequentia omnino neceſſaria, quod aliquando ex coercitione extraordinaria infamia non ſequatur.

THESIS VII.

LIT. A. & B.

Modo ſententia per appellationem] Hoc cum ſit generale nō hic, vbi de crimine furti agitur. ſed ſupra *th. 4 lit. D.* proponendum erat, vbi traditur quod per ſententiam irrogetur infamia.

Cur omittitur actio damni.] Ratio apertiſſima eſt, quod in hac actione nullo modo dolus aliquis vindicatur, ſed tantum ad damni dati reſtitutionem agitur.

LIT. D.

Niſi ſuſcepto iudicio mox ſoluerit.] Generalius & pinguius vtitur his verbis, quia opponit litis conteſtationem, qua demum facta iudicium dicitur ſuſceptum, videtur autem non improbare diſtinctionem quam ex Socino refert & probat etiam *VVejemb. h. tit. num. 9.* vt ſi de tali cauſa agatur, ex qua ipſum factum lex notat, neceſſe ſit, ad evitandā infamiam offerri ante litē conteſtatam, vbi vero damnatum demū ſequatur infamia, poſſe oblatione etiam poſt litem conteſtatam vſque ad ſententiam evitari infamiam. Sed vtrumque probabile non videtur. Equidem quod ad prius attinet pleriſq; caſibus, quibus lex infamiam irrogat; fruſtra de oblatione diſputatur. velut in deprehenſa in adulterio, in ea quæ intra annū nupſit, in prodeunte in ſcenam: quin & ea fere facta, quæ ordinariā perſecutionem & pœnam nē habent, à lege notantur. Et tamen licet terminos habiles pœnas, vbi lex ipſum factum ſtatim notat, nō poteſt ad effugiēdam infamiam quicquam facere, poſtea facta oblatio, præſertim tum, vbi ad iudiciū deuentum eſt, & de cauſa tractatum vſque ad litis conteſtationem: quomodo quidem, vbi ipſo iure irrogatur infamis, ea non evitari, ſed purgari dicenda eſſet. Alterum membrum diſtinctionis inde dubium fit: quod ſi confeſſionis præſumptio, ad infligendam infamiam iure ſufficiens, oritur ex pacto iuxta *l. 4. §. vlt. & l. 5. h. tit.* multo magis ex oblatione facta præſertim poſt litis conteſtationem: hæc enim longe violentiorem admiſſi criminis præbet ſubmiſſionem.

LIT. E. & F.

Recte notauit Accurſius tum demum ex his quatuor contractibus ſequi infamiam, ſi quis damnetur nomine doli: quod pluribus confirmat *Donellus 18. comment. cap. 8.* vbi etiā inquirit in rationem cur ſpeciale ſit in his quatuor contractibus iuxta *l. 1. & l. 8. § penult & vltim. h. tit. §. 2. Inſtit. de pœn. temp. lit.* de quo etiam *Alciat. 2. parerg. 26.*

LIT. I.

Huc addendus notarius.] Conſtitutio Friderici loquitur de ſingulari caſu, extra quem grauiſſima illa pœna amputationis manus non videtur extendenda. Cæterum, ex ſententia relata à Menochio notarius eiuſmodi crimine ſtellionatus tenetur, alias videri poſſit ipſo iure notatus.

LIT. K.

Idem de relegatione.] Atquin ſpecialis videtur ratio ictus fuſtium, quæ pœna eſt quaſi extraordinaria & vaga neque certo delicto præfinita, vt non merito cauſam inſpiciendam eſſe reſpondeatur: relegari autem quis & in exilium mitti citra notam non poſſe videtur. Neque obſtat clauſula. *l. 22. h. tit.* non tam quod ille verſi. ſit à Tribon. vt putat Anton. Fab. ibid. quam potius quia præter relegationem

X alia

alia exempla dari poſſunt. *ex l. 7. de pœn.* Nec obſtat etiam quod *in l. 5. § 2. de extraord. cognit. & in l. 28. de pœn.* relegatio cum ictu fuſtium coniungitur: quia non neceſſe eſt, quæ in vno aliquo vel etiam aliquibus ſimilia ſunt, in omnibus ſimilia eſſe: nam & alias ſequeretur ictum fuſtium ſemper infamare, qui *in d. l. 5. § 2.* cum iis cauſis quæ ex edicto infames faciunt, coniungitur.

THESIS VIII.

Lit. A.

Negat infamiam facti in ſpecies deduci poſſe, quia conſiſtat in factis, quæ ſunt infinita. Atquin etiam infamia iuris ex turpibus factis naſcitur: & quædam infamia facti ex facto non eſt, veluti qua laborare ex communi ſententia ſpurius dicitur: quin & quæ ex increpatione iudicis vel teſtatoris provenit, de qua Treut. lit. B. & c. non videtur eſſe ex facto: niſi quis dixerit ex increpatione iudicis vel teſtatoris præſumi, quod turpia facta præceſſerint, quibus adeo potius quam nudæ increpationi infamia ſit adſcribenda. Facile ſane admiſerim ſi equenter ex alia probroſa prauiſque moribus eam infamiam trahere originē: quo reſpectu ita diſtingui poteſt infamia iuris & facti: quod quædam facta notet ius & lex ſiue recta & immediate, ſive mediate per ſententiam: quædam vero non notet, ſed turpitudini propriæ relinquat. Secundum hæc non erit vniverſale, quod ait, hanc infamiam contrario facto tolli: eſtque id paulo obſcurius, niſi hoc intelligit, maculam & labem turpi vita contractam, ea in contrarium acta elui & purgari.

Lit. C.

An etiamſi quis bonis cedat.] Diſtinguit Treut. inter eos qui proprio vitio, & fortunæ vitio ad inopiam ſunt redacti: Atquin illo caſu non videtur eſſe locus ceſſioni per tradita *à Salicet. in l. 1 C. qui bonis cedere poſſunt. Bald. ibid. num. 8. Iaſon in § vlt. Inſt. de act. num 9 & 18.* niſi diſtinguas an quis in fraudem creditorum bona dilapidaverit, in quibus terminis Dd. allegati loquuntur, an alias culpa & negligentia ad inopiam pervenerit, quē etiam caſum verba Treut. ſignificant. Sed illud mihi dubium videtur, quod hoc caſu ceſſionem bonorum infamare ait quoniam generaliter traditur *in l. vlt. C qui bon ced. poſſunt* iis qui bonis cedunt, ſalvam eſſe exiſtimationem: & igitur quocunque caſu ceſſioni bonorum locus eſt ceſſabit infamia, niſi more aut lege turpis aliquis ritus ceſſioni ſit annexus cuius meminit *Cyn ad Rubric. Cod. d. t. nu. 5.* quomodo decoctores in amphitheatro catamidiari voluit Hadr. referente Spartiano, vbi pluribus id explicat Caſaubonus. Cæterum infamiam facti decoctores qui bonis cedunt incurrere, non dubitarim, vel *ex Nov 135.* vbi non ſemel ceſſionis remedium appellatur ignominioſum. Et ex ea Nov (quæ tamen recens edita in vulgatis editionibus non extat. hoc quoque ad Treut notandum, quod qui ſolo fortunæ vitio ad inopiam rediguntur, omnino bonis cedere non coguntur.

Lit. D.

An infamis Tabellio.] Verior videtur hæc ſententia negans, quod præſertim contra Treut. defendi poſſit, huic muneri hodie ineſſe aliquam dignitatem, cum etiam iudices dicantur. An autem vulgo Dd. diſſentiant, non liquet, & video à VVeſembecio tantum allegari Ferrarienſem & Batt. qui tamen *in l. ead. ad l. Iuliam repetund.* diverſam tractat quæſtionem, an notarius ex crimine infami damnatus poſſit conficere inſtrumentum. Quod non adeo abſurde conſentientibus partibus affirmari videtur.

Lit. E.

An ſpurii pro infamibus.] Quoniam remiſſive hanc quæſtionem attingit, breviter etiam hoc tantum notare libet, veram videri vulgatam Dd. ſententiam, quod ſpurii aliqua macula laborent, non ex facto ſuo, ſed propter illegitimos natales. Notantur illi à lege & diuina & Canonica, ex communi quodam gentium & Rerumpub. iure ſcilicet ex quo lex tantum probat concubitus matrimoniales, reliquos improbat & damnat, etiam ex his natos tacite notare videtur. Neque in Repub. labe quadam illi vacare poſſunt, qui patrem, agnationē & inſignia non habent. Quod ſi in naturalibus etiam poſt legitimationem autore Baldo cicatrix quædam ſupereſt, quid in ſpurijs niſi hiulcum vulnus ſtatuemus? Verum de hoc plura infra citato loco.

(*.*)

Digitized by Google

DISPUTATIO IX.
DE PROCVRATORIBVS ET DEFENSORIBVS.

Reſpondente

M. ANDREA LUDOVICO SCHOPPEN. Onoldino Franco.

THESIS I.

LIT. A.

VT ſi donandi animo.] Exempli loco hoc poſitum, cæteroquin etiam per ceſſionem ex cauſa emptionis vel permutationis procurator in rem ſuam conſtituitur.

Cui venditor cedere cogitur.] Habet ſane etiam vtiles ci.ra ceſſionem ex reſcripto Pij, ſicut quivis nominis emptor Sed poſſit aliquando actio directa eſſe commodior, quod notat *Ant. Fab. 12. coniect. 6 inf.* male tamen allegans Text. *in l. minor. 39 §. 1. de euict. & Caſtr. in l qui ſtipendia 9. C. h. t* Vnde explicanda *l. 1. C. de O. & A.* vbi vendito nomine, & venditore ſine hærede mortuo, tantum vtili actioni locum eſſe reſcriptum eſt, quod ex perſona vendentis defuncti actio directa intentari non poteſt. Illa alia quæſtio eſt de qua Pacius, an procurator in rem ſuam ſecundum edictũ prætoris *in l. 35. h. t.* dominũ defendere teneatur: vbi ipſe male procuratorẽ ex neceſſitate factum dicit qui dominus cogitur cedere actiones: cum ita dicatur, qui ex neceſſitate quadam ſuſcepit actiones, qua de cauſa *in l. 34. § vlt h. t.* negatur dominum defendere debere. Exemplum proponit Accurſ. in eo, qui debitoris inopis nomen in ſolutum accepit alia duo adiicit Bart ibid. ſi in actione fam. erciſc. nomẽ alicui aſſignatum, vel in alia actione inſolutum adiudicatum ſit: vt proinde iniuriam Dd. faciat *Anton Fab. 12. coniect. 10.* imputans illis: quaſi, ex neceſſitate, & ex cauſa oneroſa factum, pro eodem haberent, quamuis exempla propoſita ſint de cauſa oneroſa. Sed ad quæſtionem paulo ante propoſitam expedita videtur reſponſio, per diſtinctionem, an quis vtilibus nomine ſuo, an directis nomine cedẽtis, actionibus experiatur: quã præciſe ſequitur *Faber in d. loco.* Sed obſtat *l. 34 h. t.* ad quã non placet emendatio Ant. Fabri, vt proprio nomine ibi emptorẽ egiſſe legamus. vel quia emẽdationes otioſæ ſunt. vel quia in rem ſuam proprio nomine agere non dicunt ICti, ſed nomine procuratorio. Et ergo diſtinguendum cum Dd. I. An procurator factus ſit ex neceſſitate qui defendere non tenetur, an ſecus. II Hic ſub diſtinguendũ. an ex lucratiua factus, qui defẽdere ſemper tenetur, an ex oneroſa. III. Hic porro diſtinguendum *arg. d. l. 34.* an ceſſio facta ſit bona fide: & non defendere tenetur, an ſecus, & tenetur. Sed obiicit Faber, quod cum in *l 33. §. vlt.* indiſtincte dicatur, non factum ex neceſſitate teneri defendere, non niſi abſurde ad cauſam lucrativam, vel caſum in quo dolus interuenit, illud reſtringi poſſit: eaque de cauſa Caſtr. & alii caſum quærunt lucratiuæ cauſæ cum neceſſitate coniunctũ. Tribus modis huic obiectioni occurri poſſe mihi videtur. I. Vt duo illa loca *in l 33. & § vlt. & l. 34. h. tit* coniungantur, ex iiſque coniunctis quæſtionis huius deciſio petatur. II. Vt diſtinguamus inter actionem quæ ex eadem & diuerſa cauſa deſcendit: vt illo caſu, qualis proponitur *in l. pater 70 h. t* ex oneroſa cauſa factus defendere teneatur. III. Inter eum qui oneroſo titulo acquiſiuit actionem ſingularem, & qui per vniuerſitatem: vt hic demũ, de quo agitur in *d. l. 34. h. tit.* vbi omnia bona fide geſta ſunt, defendere non teneatur Neque obſcura eſt differẽtiæ ratio, quod hoc caſu v. c. emtor hæreditatis non nomen aliquod ſiue hoc, ſiue illud, ſed totã hæreditatem ſpectauit, adeoque merito exercendo actionem, quam inter cætera in hæreditate bona fide empta inuenit, defenſione venditoris onerari non debet

Vnde ſtatutum.] Quod procurator in rem ſuam vere procurator non ſit, & ſtatutũ de procuratore loquens, de eo non intelligatur, multis autoribus probat, *Schrad. citata part. 10. Sect. 8 concl. 1. n. 4 & 3.* Id tamen non ſimpliciter negandum, ſed cum multæ & variæ ſint procuratorum qualitates, de hoc ex re ipſa, de qua ſtatutum loquitur putaverim eſſe ſtatuendum: ſiquidem non paucæ ſunt, quæ etiam procuratori in rem ſuam accommodari poſſunt. veluti quod lite nõ conteſtata dominus prævertere poteſt *l 3. C. de nouat* quod dominum defendere tenetur *l 33 §. vltim h. t. &c* quid, quod directas actiones nomine cedentis moventi definitio a Tr. tradita competit?

Nec abſque conſenſu actoris.] Nec cum præcedẽtibus hoc bene cohæret, & obſcure proponitur: ſed ſenſus eſt. ex Schrad. citato loc quod abſque cõſenſu actoris, in eius præiudicium, ex

Digitized by Google

parte rei procurator in rem ſuam conſtitui & interuenire non poſſit. Exempla de venditore rei ſingularis vel emptore hereditatis proponit *Caſtren. in l. ſi actor. 29. h. t.* Cæterum in vniuerſum ratio manifeſta eſt, quod inuito creditori alius debitor ſubſtitui nō poſſit licet poſſit inuito reo nomen vendi alteri *leg. 3. C. de hæred. vendit.* Ratio præterea, quæ adducit Schrad. *dict. loc.* dari poteſt: tum quod licet ius directarum actionum non minus inſeparabiliter perſonæ creditoris inhæreat exercitium tamen eorum ſeparari poteſt: cuiuſmodi exercitii cōſideratio in reo nulla eſt: tū quod nihil intereſt rei a quo conueniatur, intereſt autem actoris, hunc potius habere reum: intellige autem, non poſſe alium obiici actori in iudicio reum, qui eodem iure quo reus actionem excipiat: cæterum cum ſatiſdatione de iudicio ſoluendo, quamuis etiam inuito actore defenſioni rei ſe offerre poſſe conſtar.

Lit. B.

Actio vel defenſio.] Eſt ex collectione partium compoſita deſcriptio, non accurata definitio, quia non competit tota ſingulis ſpeciebus.

Nam definitio in l. 1.] Non ſat apparet, quo iſta verba parentheſi incluſa pertineant, cæterum videtur velle reddere rationem, quare non vſus fuerit definitione ICti *in l. 1 h. t.*

Exceptis quibuſdam caſibus.] Apud. Wurmſ. nihil tale, in ſeq. diſtinguēdum, an reus forte propter qualitatem cauſæ præſens comparere cogatur, an ſecus: quem caſum citatus Mynſ. proponit. quamuis haud ſciam an ſatis bene iſta ſententia defendatur argum. Edicti, *quod quiſque iuris &c.* quippe quod ita accommodandum huic caſui videatur, vt actor poſtea ab alio in iudicium vocatus, præſens teneatur litigare.

Lit. C.

Qui proprie cognitor dicitur.] In textibus citatis nihil de cognitore: Res ipſa quid cognitor fuerit, non ſatis eſt liquida Tr. cum definit defenſorem, & aperte tantum à patribus rei cōſtituit: quod non cōuenire videtur traditis à *Paulo ſent. 2 & l. vltim. C. th. de cognit.* nec apparet ſatis rationis, ob quam non ex parte actoris cognitor dici poſſit: Generale eſt illud Hort. 2. Sat. 5.

Ire domum atq;
Pelliculam curare iube ſis cognitor ipſe

Nā quod Aſc. Ped. cognitorē vocat defenſorem familiariſſimū, ex parte actoris cognitorē interuenire nō poſſe, minime euincit: cæterum in diſtinguendo cognitore & procuratore ego cont. Tr. ſequor *Robert. 2. rect. ſent. 1.* quia etiā à præſēte conſtitui procurator poteſt: & eſt reuera illa diſtinctio præſentiæ, & abſētiæ accidētalis: hæc autē eſſentialis, quod procurator (vt ait Pœd.) negotiū in ſe ſuſcipit, & dñs ſc. litis efficitur: cognitor tantū vicariā & miniſtri operā præbet, in ſe iudicio nō tranſlato: ex quo tamē hoc conſequitur, quod fere in caſu cognitoris dominū oportuerit eſſe præſentē, poſterioribus temporibus fortaſsis iſtam differentiam obſeruatā non fuiſſe iudicium præbet *l. vlt. C. Th. de cognitoribus.*

Qui abſentis cauſam cum ſatiſdat.] Niſi ſubaudias verba, *ſine mandato*, vitioſa erit definitio: quod etiam procurator rei de iud. ſolv. ſatiſdare cogitur. *l. vn. inſ. C. de ſatiſd.*

Diſſ. vulgo Dd.] Illud vtiq; verū eſt quod defenſoris verbū etiā eū contineat, qui cum mandato reum defendit: ſed Tr. hoc nō obſcure imputat Dd. quaſi hunc negent eſſe procuratorē in quo ipſis iniuriā fieri nullus dubito. Licet enim *Acc. in l. 1. de procur.* ita loquitur, ipſe tamen *in l. 1. inf. C. de ſatiſ.* expreſſe procuratorē rei agnoſcit oppoſitū defenſori, qui non habeat mandatum. Et qui hoc non agnoſcant Dd per Tex. exp. *in d. l. vn. & in § ſi vero aliquis I. de ſatiſdat.* quo vtroque loco omnes commentatores *in Cod. & inſt.* procuratorem rei ſtatuunt.

Lit. D.

An procuratoris datio.] Ad quæſtionē hanc decidendā quid ſit actus legitimus fuerit definiēdū: quod nō præſtāt Cui. & Hot. aliquid præſtat Tr. *ſ. diſp. 27. th. 4 lit. A.* in cuius ſententiā procliuior ſum: quod alias, vt recte Cuj. nihil non fere ſub actus legitimos referri poſſit. Et magis eſt vt datio procuratoris nō fiat niſi per modū contractus. Et ratio Hottom. quā ſola mouetur, præſupponit, & quod omnis qualiſcunq; ceſſio ſit actus legitimus: & quod in cōſtitutione procuratoris ſingulari ceſſione ſit opus. Atqui Il nihil niſi mandatū deſiderant, etiā vbi de procuratore in rem ſuā tractatur *l. 5. & 8. C. de act. vend. l. 1 & 6. C. de oblig. & act. l. vltim. C. quand. fiſc. vel priv.* quin *in l. 6 § O h. t.* literæ ad aduerſarium directæ, vt quis actionem alieno nomine mouere poſſit, ſufficere videntur. Fac, quod etiam procurator generalis, etiam cōiuncta perſona, etiā pro cuius mandato præſumitur, cum cautione rati circa aliam ceſſionem admittitur.

Lit. E.

Excipio causā ſtatus.] Intellige in ſpecie quæſtionē de libertate & ſeruitute, & quidē ex parte eius cui cōtrouerſia mouetur, vel potius, qui ſui controuerſiā domino movet: quod nominatim cōſtituit Iuſtin. *in l. 1. C. de adſ. toll.* reſpiciens vid.

eo

Digitized by Google

eo quod iure veteri ſervus in libertatẽ vindicabatur per adſertorẽ, qui tamẽ à procuratore lõge diſtat. Nihil igitur revera hic mutauit Iuſtin. & *l. 33. §. 1. h. t.* ſatis perſpicue loquitur de aliis cauſis, non ipſa quæſtione ſtatus quia poſtrema eſt Accu ,& ab ipſo probata reſpõſio idq; ſignificat ſumma *Bal 1. ad illum* §. quod pendentia litis habilitet aliquem, qui alias eſſet inhabilis: innuens ſcil. quo ad alia, eum de cuius ſtatu litigatur, ordinata & ita pendente lite haberi pro libero *l. 24 de liber cauſ l 14. C eod*

Cauſam popularem.] Ratio hic non ea eſt, quæ in cauſa ſtatus, ſed quid hic par & æquale omniũ ius. quod fallit, vbi quis proprium intereſſe perſequitur: quo reſpectu actio illa non popularis ſed priuatæ habet rationem.

Idem interdicto de liberis.] VVeſembecii ratio, quod hæc petitio mere ſit perſonalis, non videtur concludere: & cũ hoc interdicto non niſi exhibendo agatur, nihil impedire videtur, quo minus exhibitio per procuratorem petatur Sequitur autem interdictum de ducendo *l. 3. de liber exhib.* cui magis ratio illa eſt accommodata.

LIT F

Infamoſis] Diſtinctio hæc, an cauſa famoſa popularis ſit, nec ne, vitioſa eſt: non tã, quod quædã cauſæ populares criminales ſunt, cum tamen hic de ciuilibus tantum agatur: quã potius quod cauſæ, vt ita loquar, famoſitas, non facit, vt tanto minus admittendus ſit procurator, ſed ex eo, an perſecutio criminalibus publica ne, an civilis privata ſit, deciſio huius quæſtionis petenda eſt. velut nec in ijs popularib⁹ cauſis quæ famoſæ nõ ſunt, admittitur procurator. Amplius ſententiam ſuam non recte confirmat *ex l 19 §. vlt. h. t* quæ de reo tractat, an defẽdi poſſit per procuratorem: neque enim dubium eſt quin illo loco legendum ſit, nõ, *accuſabitur*, ſed *excuſabitur*, quod ipſe contextus & quæſtio ibi tractata, de tutore ſuſpecti poſtulato, evincit: ideoque hic diſtinctione inter actorem & reum opus eſt: ſiquidem ex huius parte, etiam in popularibus & criminalibus quibuſdam cauſis, procurator intervenire poteſt.

Diſſentit Maranta] Hic quoque offendit Tr. quod cũ quæſtio & diſtinctio hæc ad cauſas civiles pertineat, de quibus nominatim hoc proponitur lit. E. vtique Marant. allegatus, de cauſis criminalibus tractat, in quibus etiam tãtum relegationi relinquitur locus. Sed & amplius diſtinctio illa Dd. ad rem tantum pertinet: & tamen quæſtio proponitur de procuratore rei & actoris.

LIT. G.

Alias enim proceſſus.] Incaute affirmat Tr. in genere, ſi procurator talis non ſit vt dari potuerit, proceſſum eſſe nullum: ſiquidẽ pro regula traditur, quod exceptio procuratoria non niſi vſq; ad litem conteſtatam poſſit opponi. Exemplum eſt in milite, qui licet recte procurator non detur *l. 5. C de condict cauſ. data l 7 C h. t* ne quidem ſi pars adverſa conſentiat expreſſe *l. 8. § 2 h. t §. vltim. Inſt. de except* attamen ſi pars adverſa litem cũ eo conteſtata ſit, conſiſtit iudiciũ, ita vt eius litis effecti domini, recuſandi porro nulla ſit poteſtas *d. l. 8. §. 2. & l. 13. C. h tit* Neque obſtat *l. 24 C. eod.* quæ loquitur de falſo procuratore qui non habet mãdatum, cuius defectus, ad annullandum proceſſum efficacior eſt, quam defectus quivis in perſona. & cum *Dd in d. l 24.* inter exceptionem, tu non potes eſſe procurato , &, tu non es procurator, eſt diſtinguendum: quæ duo à Treutl. confuſa eſſe ex allegato Vantio colligere licet.

THESIS II.

LIT. A.

Mutus & ſurdus.] Hi vtrique ſub ea regula, qua in theſ. qui conſentire non poſſunt, procuratorem dare poſſe negantur, referendi non erant: quia vtrique conſentire poſſunt, adeoq; procuratorẽ & dare per eum modũ qui procedere potrſt, vt loquitur *ICtus in l. 43 in pr. h tit* cuius ſequentia verba, *forſitan & ipſi dantur*, &c. obiter hic aſſerere liber contra Ant. Fab qui ea Triboniano aſcribit tribus rationibus. I Quia ineptũ ſit dubitanter ſcribere JCtum. II. Quia ſurdi & muti nõ poſſint eſſe tutores. III. Quia ſtultus ſit, qui talibus vtatur procuratoribus Verum hę rationes tãti nõ ſunt: etenim I Particula, *forſitan*, ſæpe elegantiæ & modeſtiæ cauſa vtuntur autores. & ex Fabri quidem ſententia de hoc dubitari poſſe, ipſius rationes faciunt fidem. II. Latiſſima differentia eſt inter tutorem & procuratorem ad negotia: tum quo ad ipſam adminiſtrationem, tum quod non eligunt tutores ipſi pupilli, ſed accipiunt datos ab aliis, qui idoneos conſtituere neceſſe habent. Ex quo & tertia ratio corruit: quivis ſcilicet eſt rei ſui arbiter & non magis ſtultus erit talis, quam qui pupillum negotiationi ſuæ proponit inſtitutorem: & id tamen recte fit *l 6. §. vlt. de inſt. act.*

LIT. B.

Ait hic, quod excommunicatus non poſſit cogi dare procuratorem. Arqui excommunicato agere volente, quæſtioni locus non eſt: cæterum

Digitized by Google

terum ſi de eo conuento quæratur ſententia iſta falſa videri poſſit per *cap. 7. de iudi.* vbi dicitur quod debeat reſpondere per alium. Quæ conſtitutio inepta futura ſit, ſi hoc arbitrio & voluntati excommunicati relinqueretur.

LIT. C.

Ita etiam vt cœptam actionem] Exiſtimat igitur Treutlerus facilius eſſe, vt actiones ante bannum cœptas proſequatur, quam inſtituat nouas. Quod licet ita etiam proponat *Gail. 2. de pact. public. 12. numer.* 11. non ſatis tamen rationi iuris conuenire viderur. Nimirum quæritur aut de actionibus nouis ante bannum vel poſtea quæſitis. Illarum eadem ratio eſt quæ antea inſtitutarum, quæ cum omnes publicentur, earum nomine, actionem, aut inſtitui, aut inſtitutam continuari vel abſolui fuerit abſurdum: quod probatur exemplo deportati. *l. 47. de fideiuſſor.* & confirmatur *argument. l. 4. in princip. ſi quis caut.* vbi dicitur deportato eo, qui ante ex cauſa ciuili iudicio ſiſti promiſerat, exceptioni eſſe locum. Neque obſtat 5. *§. final. de public. iudic.* vel quia reſtringi poteſt ad pœnam deportatione minorem, vel quia alia ratio eſt actionis & obligationis priuatæ, alia accuſationis publicæ, in qua intereſſe reipublic. & ſceleris vindicta vertitur. Cæterum actiones poſtea quæſitas interim vtiliter exercet deportatus, licet ſucceſſorem olim fiſcum & hodie proximos cognatos habeat *l. 22 §. 4. mandati l. 14. 15. d. interd. & releg l. 2. Cod. de honor. damnat. Numer. 17. cap. 2. Numer. 134. cap. vltim.* in quo videtur deterior, conditio banniti per tradita à Gail *d lib. 2. de pact. publ. c. 12.*

Tentari tamen poteſt.] Ait defendi poſſe bannitum, ſi in ius vocetur. Verum nulla plane hic ratio poteſt eſſe dubitandi quoniam cum in ius vocare, ſit experiendi iuris cauſa vocare, omnis citatio neceſſario facultatem defendendi ſui præſupponit. Sed illud dubium, an bannitus omnino in ius vocari poſſit. ſi quidem nulla omnino bona habet, ſed omnia omnibus permittuntur, vt adeo non ipſe bannitus, ſed fiſcus videatur conueniendus, quod in deportato certo iure traditum eſt: neque quod bannitus de facto bona retinere poteſt, inde ius ipſum mutabitur.

Facit quod etſi bannitus.] Ratio hæc arguit eum agere de bannito ab aliqua ciuitate aut principe Imperij: vix enim ius commune de iure gentium, & ciuitatem de vrbe Roma accipere poſſis. Sed nulla ratio dubitandi, quin bannitus in alia Republic. & agere & conueniri poſſit, & quæſtio de eadem Republic. in qua quis bannitus eſt, formari debet: nam & verbi cauſa à Romanis olim bannitus, ſi ad Parthos vel Germanos migraſſet, procul dubio apud eas gentes in ius vocari potuit & defendi: ſicut & bannum Imperij noſtri extra Germaniam vires non habere conſtat.

Idemq; in excommunicato.] Non puto ſatis bene hunc comparari bannito: ſiquidem excommunicatio animam, & iura ſpiritualia non temporalia concernit: qua de cauſa excommunicatum ciuem manere nullus dubitauerit.

LIT. D.

Multos coniungit Treutlerus excommunicatum, bannitum, captum ab hoſtibus, in quibus non eſt eadem determinatio: contra doctrinam *Iohannis Fabri in §. ſin autem Inſtitut. de ſatiſdat. verſ. eodem obſeruat.* & regula ſubiecta de ijs qui vel domini non ſunt, vel non abſolute ſui iuris, vtique fallit in excommunicato: imo amplius fallit in parte adminiſtratore & vſufructuario bonorum filij, in prælatis & epiſcopis, in executoribus vltimarum voluntatum: quæ tanquam communiſſime receptа omnibus contra Gloſſ. damnatam tradunt *Bald. Salic. Caſtren. & alij Dd. in l. neque tutores. Cod. h. tit. Ang. in §. ſin autem. 1. de ſatiſdat numer. 7. Iohannis Fabri ibid in verſ. eod. obſeruand. in l. quod quis 8. Cod. h. tit. in octau. limit.* Eoque hæc potius regula videatur ſtatuenda: eos non poſſe dare procuratorem, qui vel plane non, vel non ſuo nomine, perſonam ſtandi in iudicio habent: vnde minor etiam curatorem non habens, licet recte contrahat,

Digitized by Google

trahat, procuratorem tamen ad iudicia recte non dabit.

LIT. F. & G.

Sed non abſolute ſui iuris.] Non recte minorem referre videtur inter eos, qui non ſunt abſolute ſui iuris: quoniam non datur tertium vel medium inter membra oppoſita, eorum qui ſunt, vel non ſunt ſui iuris. Et vt maxime hoc aliqua ratione defendi poſſit, inde tamen non recte videtur peri tario, cur non poſſit dare procuratorem? ſed inde potius, quod ipſe idoneam in iudicio ſtandi perſonam non habeat. Minus recte filiusfamil. dicitur non eſſe abſolute ſui iuris quia hic ſimpliciter non eſt ſui iuris: ſed reſpectu quorundam bonorum pro patrefam. habetur.

THESIS III.

LIT. A.

Niſi in rem ſuam dolus.] Hoc ita ſimpliciter in Textu iuris Canonic. proponitur: ſed videri poſſit ex ratione iuris noſtri diſtinguendum: an *ver. cauſ.* cui venditum eſt nomen & mandata actio, actiones vtiles proprio nomine, an directas procuratori & mandantis nomine quamuis & hoc caſu rem ſuam gerere dicatur *l. 9. Cod. h. tit. ſac. l illam 33. Cod. de donation* mouere & exercere velis.

Vel à domino poteſtas.] Hoc tamen caſu non ſubſtituunt iure & nomine ſuo, ſicut cum item conteſtati ſunt, ſed nomine domini tanquam nudi miniſtri: quod recte notat *Caſtren. in l 8 & in l neque 11. Cod. h. tit.*

Qui poſt litem conteſtatam demum.] Hanc Azonis opinionem etiam probant *Salicet. d. l. 10. in Cyn. ibidem inſr. Bald. ibidem & Sichardus numer. 5* qui omnes in argumenta adducunt *l. 1. Codic. de conſort. eiuſdem lit.* ex qua tamen ſententia hæc non iuuatur, quod ibi conſors ab initio abſens fuit, alias cautione rati non fuiſſet opus. Et ſane repugnat huic opinioni, quod hic eſſat vo.ca & ſoſa tario, quæ procuratori ius ſubſtituendi facit, quod ſcilicet litis conteſtatione dominus efficiatur litis. Et improbabile eſt, quod Doctores paulo ante citati, primum actum a ſubſtituto tali geſtum, vicem litis conteſtationis obtinere contendunt: tum quia rationi non conuenit, vt actus aliquis eſſentia plane diuerſus, ad inducendum præſertim magni momenti effectum, pro litis conteſtatione habeatur: tum quia ita porro alter ſubſtitutus poſt primum actum iudicialem, poterit ſubſtituere, & ita progreſſus erit in infinitum. Secundum hoc ſequor potius *Caſtren. in d. lib. 10. & ibidem Bartol.* qui recte diſtinguunt, vt tum demum procurator poſt litem conteſtatam factus ſubſtituere poſſit, ſi dominus ei ceſſerit actionem ita, vt in eum vtile tranſierit dominium: vel etiam, ſi vt Caſtrenſis loquitur, dominus fecerit remitti omnes actus iudiciarios vno contextu in perſonam procuratoris: id eſt, vt loquuntur ICti, ſi authore prætore iudicium a domino in procuratorem fuerit tranſlatum: quo caſu perinde habetur, ac ſi procurator initio iudicium ſuſcepiſſet, & ipſe litem conteſtatus fuiſſet: eoque recte defendemus, talem procuratorem ſtatim nullo actu iudiciario geſto, ſubſtituere poſſe, & ita quidem, vt ſubſtitutus totum negotium totamque cauſam proſequatur, per textum *in l. 8. Cod. h. tit.*

LIT. B.

Verba theſis ita habent: quod procurator in cauſa appellationis ſubſtituere poſſit alium, niſi ab interlocutoria ſit appellatum. Ex quibus efficitur abſurda ſententia, quod plus iuris habeat & retineat procurator poſt ſententiam definitiuam, quam poſt interlocutoriam. Eoque dicendum hic eſſe errorem typographicum & addita negatione legendum; *ſubſtituere non poterit alium, niſi, &c* quod & ratio ſubiecta ſuadet de ſententia litem finiente, & communiter tradunt *Dd. in l. 17. Cod. h. tit.* quod ſi ab interlocutoria

toria fuerit appellatum, cauſam procurator teneatur proſequi, *& ex Dd. VVormſer. lib. 1. tit. 5. obſeru. 9.* etenim Tr. qq. has coniunctas, re ipſa tamen diuerſas, commiſcere videtur, an procurator cauſam appellationis proſequi, & an in ea ſubſtituere poſſit.

Ad omnes ea quæ præſentes, &c.] Imo ſi ſaltem datus ſit ſimpliciter ad agendum, petendum & defendendum cauſam appellationis procuratorem recte proſequi, tradunt *Bald. in l. 17. C. h. t. & Salic. ibid. n. 12.*

Lit. C.

Etiam tractanda in loco remoto.] Vel hinc patet, à Tr. eod. haberi poſſe ſubſtituere, & poſſe proſequi: quia *in d. l. 17* communius aſſertioni huic, quod procuratori cauſam appellationis ab interlocutoria proſequi teneatur, iſtam limitationem ſubijciunt, niſi cauſa tractanda ſit in loco remoto: quæ manifeſtam habet æquitatem hactenus nimium, vt procurator ſeſe exonerari, & dominum ipſum ad cauſam agendam citari iure petere poſſit.

Quando appellare teneatur.] Altera pars huius diſtinctionis, ſi ad vnũ actum datus ſit procurator: tradita etiam à Iaſon *in dict. l. 17.* nullam videtur habere dubitandi rationem. Prior pars communiſſime probatur *à Dd. in ſæpe d. l. 17. Cod. h. t.* per illum Textum, & in eo verbum, *vltra*, quod neceſſario infert: poſt ſententiam, aliquid adhuc incumbere agendum procuratori: idque confirmat verbum ſequens *extendere*: eſt enim appellatio de annexis & appendicibus primæ inſtantiæ, vt ait *Caſtr. in d. l. 17 n. 4. & ibid. Sich.* quia fit coram eod. iudice *Iaſ. ibid. in prin.* Neque probanda eſt limitatio *Bart. & Cyn. ib. n. 14.* niſi procurator iuſte ſuccubuiſſet: quoniam cum pro ſententia præſumatur, rarius ita appellare teneatur procurator, contra Textum generalẽ *in d. l. 17.* vt merito Sich. ibi tutius eſſe dicat, vt ſemper appellet procurator; niſi quis ſufficere putauerit, ſi domino denũcietur, quod ſubijcit *Tr. & dict. n. 14. tradit. Cyn.* Quod tamẽ nõ aliter admittam, niſi ſpatij ſatis ſit domino ad reſpõdendum, & vt domino non reſpondente procurator nihilominus appellet, quod hinc nullum præiudicium domino, qui appellationem libere deſerere poteſt, inferatur. Et facit pro hac opinione *l. 31. §. 2. in f. dict. neg. geſt.* Non obſtat *l. 29. §. 4. Mand.* quia aliud ſunt exceptiones friuolæ, quibus fideiuſſor vti non tenetur: aliud appellatio, quia ſuſpenditur ſententia, ne tranſeat in rem iudicatam, Neq; *l. 65. §. 1. de euict.* quia actioni de euictione ſemper locus eſt, niſi appareat de manifeſta iudicis iniuria *l. 51. d. t.* & erga omiſſa appellatio non aufert neque tollit actionem de euictione, quia ſententia præſumitur eſſe iuſta: Non obſtat etiam *l. vlt. in f. d. reſt. in integ.* Etenim vel procurator ibi non fuit ſoluendo, vel vtilius fuit in integrum reſtitutionẽ petere, quam actione mandati contra procuratorem experiri: cum præſertim potuerit eſſe iuſta cauſa ob quam non appellauerit procurator, & hoc argumentum etiam ita retorqueatur: quod ſi iure communi domini vſi fuiſſent, nullaque plane culpa eſſet procuratorum, reſtitutio potius fuerit neganda. Minus obſtat *l. 10. C. d. app.* vel quia arg. à contr. ſenſu contra alios Textus non procedit: vel potius quia ibi non de neceſſitate ſed facultate appellandi quæritur, an ex duobus, de quibus ibi tractatur, curatore & actore, ea competat vtrique an alterutri. Illa alia quæſtio eſt, de proſequenda appellatione cuius rei facultatem non obſcure procuratori adimit Tr. dum lit. B. in cauſa appellationis eum ſubſtituere poſſe negat: quæ etiam videtur ſententia *Br. in dict. l. 17. & ibid. Cyn. nu. 14.* ſed communius eſt, receptum poſſe proſequi, *Gloſſ. in l. 10. d. appell. & in l. vlt. an per al. cauſ. appell.* & probatur optime ex *l. 9. C. dict. appell.* vbi alias nulla eſſet ratio dubitandi: ſed non teneri. Ita poſt *Gloſſ. in d. l. 17. Cyn. Br. Bl. Salic. Caſtren. Iaſon. Si h. ibid.* Aliud viſum fuit *Placentino* & antiquis, vt refertur *à Gloſſ. Cyn. Bl. & Caſtren.* quos ſequor *l. Per d. 17. iunct. l. 31. § 2. d. neg. geſt.* quæ enim à iure neceſſitas appellandi imponitur, ad nudum illum appellandi actum reſtringenda non videtur, cũ & hoc ipſum mandatum videatur, vt cauſa ad extremum finem perducatur: & cum per appellationem ſuſpendatur ſententia, dominium litis, quod per litis conteſtationẽ in procuratorem tranſlatum eſt, nondum videtur plane expiraſſe. Il. Probatur hæc ſententia *ex l. vlt. an per al. cauſa app.* ad quam diuinatoriæ ſunt ſolutiones *Glo. ibid & in l. 17. Cod. h. t.* & arg. *l. 8. §. mand.* quæ ideo de proſecutiõe appellationis accipiẽda eſt: quod ad nudam appellationis interpoſitionẽ, ſumptibus vel omnino nullis, vel plane exiguis opus eſt: neq; audiendi aut *Salic. in l. 17. C. h. t. n. 8.* qui Notario pecuniam dandam, aut *Caſtr. ibid. n. 7.* qui pecuniam ab appellante deponendam comminiſcuntur, de quo vide etiam *Dd. allegatos à Iaſone in d. l. 17. col. 2.* & rectius reſpondet Cyn. diuerſam rationem eſſe fideiuſſorum, qui dum ſoluendo actionẽ mandati ſibi parant, nihil

Digitized by Google

nihil omnino, quod ad victoriam cauſæ pertinet, omittere debent. Facit, quod ipſi Dd. communius facultatem proſequendi procuratori cōcedunt: non videntur autem leges hoc libero arbitrio permiſiſſe. Facit denique, quod cum à iudice dato ad dantem, V. C. prætorem appelletur, non videtur iure recuſaturus procurator, quo minus ad eum, qui initio actionem & formulam dedit, cauſam porro proſequuturus, revertatur. Neque captanda ſunt cum Salicet. verba *d. l. 17. vltra, & extendere*: quæ non ipſa appellationis proſecutionem, ſed cauſam diverſam excludunt: & ſimplex illius loci ſententia eſt, quod procuratio ſuſcepta ad alia negotia non extendatur; idque ſeq. de defenſione ſuſcipienda confirmant nam & hic antiquos contra; *Glo. Bart. l. Bald. Salicet Iaſon.* & alios ſequor, quod tota illa lex de procuratore actoris loquatur, qui neque alia negotia ſuſcipere, neque defenſioni abſentis, videlicet extra caſum *l. 33. § ſen h. t.* ſe offerre teneatur. Nihil etiam movet *l. 6. C. d. appell.* nam quod dominus vitro cauſam appellationis ſuſcipere poteſt non facit quominus abſente eo ipſe procurator reſpondere teneatur arg. *d. l. vlt.* an per al. cauſæ appell.

THESIS IV.

LIT. B.

Propoſitio hæc, quicquid conceſſum eſt minoribus, multo magis conceſſum eſſe pupillis, ambigua eſt: ſi quidem ex ſententia Tr. paſſim, minor civiliter obligari, hæreditatem adire, iuramentum deferre, & alia pupillo non conceſſa, facere poteſt. Sed Treut. videtur ea intelligere, quæ ſpeciali ætatis favore iure introducta ſunt. Atqui in his terminis contra mentem Tr. vix erit vera inverſa propoſitio, cum ætatis pupillaris, quam minorennis maior ſit fauor, quod vel exemplo obligationum oſtendi poteſt.

LIT. C.

Quæritur hic an ſententia iudicio cum falſo procuratore agitato, lata, à domino rata haberi & ita validari queat. (Etenim in caſu pendentis adhuc iudicij res expedita eſt, quo pertinet *l. licet 56. dict. iudic.* quomodo eam recte accipiunt *Br. in l. 24. C. h. t. Salic. & Cyn. in l. 4. C. in quibus cauſis, in int. reſt.*) Diſtinguit Tr. an agatur de commodo an præiudicio domini, id eſt, an ſententia contra an pro falſo procuratore lata ſit. Verum illo quoq; caſu ſcrupulum movet, quod cum procurator falſus nihil in iudicium deducat, *l. licet 56 de iudic.* & ita ſententia ipſo iure nulla ſit per *l. 24. C. h. t.* adeo quidem, vt exceptio talis iudicium tetro nullum reddens, vſque ad mille annos opponi poſſit, vt poſt multos tradit *Vant. cap. 11. de nullitate ex defectu mand. nu. 99.* remittere quidem & donare ius ſuum dominus poſsit, ſed vt ſententia ipſo iure nulla tanquam ſententia valeat ratificatione ſua efficere non poſſe videatur. Neque obſtat exemplum a contractibus petitum: quia ex ijs qualiscunque procurator ipſe obligatur, eoque actus ipſo iure validus, ratus à domino haberi poteſt. Magis obſtat *l. 3. §. vlt. rem. rat. hab.* ex qua quidem Dd. ſine controverſia in ſui præiudicium ratificari à domino ſententiam poſſe putant: neque mirum: ſi verum eſt, quod *Caſtr.* ſcribit *in l. licet 56. d. iud.* etiam procuratoris falſi perſonam quodammodo legitimari per litis conteſtationem, & per iudicis ſuper cauſa pronuntiationem, adeoque reperire aliquid ratihabitionem in quo operetur. Quo quidem admiſſo nō abſurde dicemus contra Tr. etiam in fauorem ſui dominum ratam habere poſſe ſententiam quod tradit *Glo in l. ſi mater § hoc iure de exc. rei iud.* quam ſequuntur *Br. in l. 4. C. in quibus cauſ. reſt. Iaſ. in l. 24. C. h. t. Sich. ibid. inf. Caſtren. in d. l. 4. & in d. l. licet 56. d. iud.* idque, ſi antequam opponatur de falſo procuratore, interveniat ratificatio, vt recte notat *Tiſſ. dec. 7.* qui proponit caſum, vbi parte adverſa appellante, dominus falſi procuratoris in ſecunda inſtantia comparet: cæteroquin in dubio ratihabitionem non admiſerim, per rationes bene adductas *à Salicet in d. l. 4. C. in quibus cauſ.* cum præſertim quidquid dicat Caſtren. vbi nihil in iudicium deductum eſt, nec litis conteſtatio: nec ſecuta ſententia poſsit legitimare procuratorem. Nec male *ad l. 3. §. vltim. rem. rat. hab.* reſpondet idem Salicet. quod iudicium & ſententia in præiudicium falſi procuratoris aliquomodo ſubſiſtat, vt adeo dominus eum facile poſsit trahere contra ſe: (vt loquitur Salicet.) maxime interueniente cautione rati, quæ facit, vt quodammodo per obliquum iudicium illud habeat effectum. Eaque ſententia olim fuit Petri, quem ſequitur *Cyn. in d. l. 4.* & non obſcure probatur in *Glo. ibid.* vbi diſtinguit inter ius ſpeciale & commune: Neq. (quæ ratio fuit Petri) eſſe debet in arbitrio domini, ac ſentētia valere debeat nec ne?

Per l. 1. C. quib. res iud. non noc.) Neq; hoc Textu vtuntur Dd. neque ille vllo modo ſententiam illorum confirmatur: vel quia eſt de ratificatione ſententiæ, in ſui præiudicium, vel potius quia

Digitized by Google

eſt de coniuncta perſona, quæ cum iure permittente cum cautione rati agere poſſit, falſus procurator dici nequit. In eo autem omnino errat Tr. quod eum locum explicat de defenſore: ſiquidem, ex eo quod ibi dicitur iterum actuo non obſtare exceptionem rei iudicatæ, neceſſario efficitur, coniunctam perſonam interueniſſe agendo. Et ita iſtam L. recte explicant *Glo. Br Bl. Salic. Caſtr. ibid.* qui poſt Glo. nominatim, *defenſionem*, ibi explicant de actione. & videntur nihil aliud ibi niſi curam & tuitionem ſignificare, ſimul etiam eo forte reſpexiſſe Impp. quod qui alieno nomine actionem petit, etiam de defendendo cauere debet *l. 3. §. ait prætor. h. t.*

Cum etiam iure Saxon.] Ratio dari poteſt, quod procurator ita datus pro falſo habendus ſit. Videri tamen poſſit, ſicut fauore ætatis, ita ſexus, quæ geſta ſunt ſuſtineri debere.

De iure Sax. perinde eſt.] Non poteſt eſſe perinde, cum maritus non ſit curator vxoris: & vt ſubijcit Tr. opus ſit, vt vel auctore curatore vel iudice manderet marito: imo, vt tradit *th. 5.* Etiam, vbi cum marito contrahit vxor, curatore opus eſt.

THESIS V.

Lit. A.

Niſi in caſu neceſſitatis.) Non ſatis apparet, quam intelligat neceſſitatem, niſi forte reſpexit *ad l. exigendi 12. C. h. t.* & ibi amplius de defenſore agitur. & extra caſum iſtum quoque minorem recte eſſe procuratorem, probat ipſa adducta *l. 51. h. tit.* quod vtrique caſus omnes quibus minor non reſtituitur, non poſſunt dici neceſſitatis. Illud conſtat, de quo pluribus actum eſt *diſp. præced. th. 1.* ſi minor à parte aduerſa admittatur, non committi nullitatem: ideoque verum non videtur, quod ſtatim ſubijcitur, idoneum eſſe minorem tantum reſpectu eius cum quo agitur, non reſpectu iudicij niſi forte hoc intelligit iudicium forte reipſa & effectu nullum, vbi minor in integram reſtitutionem impetrauerit: cæteroquin ſibi ipſi contradiceret, probant Doctores, qui iudicium nullum eſſe negant. Et tamen vereor vt hæc defenſio ſatis patrocinetur Tr. ſiquidem ipſe initio lit. B. in ijs cauſis, ex quibus minor in integrum non reſtituitur, idoneum minorem eſſe tradit: & vbi reſtitutione opus eſt, actus ipſo iure valet: ſed & nec reſtituitur minor, vbi in perſona ipſius alius laſus eſt: neq; adeo alio caſu qualiter ſententia Tr. defendi poſſit, quã vbi ſtultitia aduerſarij minor ita admiſſus eſt, vt ipſe de rato vel iudicato ſoluendo caueret. eoq; reſpicere videtur illa verba, quod cautio facta nihil aduerſario ſit profutura.

Lit. D.

Ait hic Treut. etiam ſtante Dd. ſententia, quod minor procurator eſſe non poſſit, eam tamen limitandam eſſe in minore, dignitatem in iure conſequuto. Cui ſententiæ obſtat, quod ipſe Tr. lit. B. in F etiam hunc minorem in contrahendo lapſum reſtitui ait: ipſa autem procuratoris conſtitutio, ſicut & ſtipulationes quæ a procuratoribus interponi ſolent, quin ipſa litis conteſtatio contractus ſunt: vt adeo ſub inepta videatur limitatio lit. E. ſi contractu deceptus ſit, ad propoſitionē in th. de minore procuratore facto. Sed & procurator circa ea potius quæ facti ſunt, verſatur, quam quæ iuris: in quibus demũ, videlicet quæ cognitionē iuris concernant, ſi minor, Doctor lapſus vel deceptus ſit, ei ſuccurrēdũ nõ eſſe cõmunius receptũ eſt: de quo agitur infra *diſp. 12.*

THESIS VI.

Lit. A.

Filio tamen tutorem.) Hoc inſtar exceptionis dicitur, ad regulam quod fœmina non poſſit eſſe procuratrix: minus recte vel quia tutoris hæc petitio iudiciale negotium non eſt, vel quia mater hoc agens procuratrix filij ſui pupilli non dicitur, ſed magis negotiũ propriũ gerere videtur, quod eo neglecto ſucceſſione filij priuatur.

Excipe & caſum l. 1. & c.) Nulla quoq; hæc exceptio eſt, q̃ *d. loc.* hoc ſaltē proponitur, q̃ filio mãdato patris vel matris ſeruũ manumittere poſſit.

An Abbatiſſa.) Dubitare licet, an hoc recte ſimpliciter ex iure Canonico affirmetur: quoniam *cap. 4. de confirm. vtili.* quod vnicum eſt Treut. fundamentũ, tractat de caſu ſpeciali conſtitutionis factæ non à monaſterio, ſed ab ipſo Pontifice, & quidem in cauſa ſingulari concernente priuilegia. Neque hoc caſu Abbatiſſa vera in rem ſuam procuratrix dici poteſt.

De iure Saxon.) Nimis prolixe hic de curatore fœminarum ex iure ſtatuario agit, partim etiam loco alieno, quod eo non tantum in iudicijs, ſed in quibuſcunque negotijs fœmina indiget. Illud autem initio occurrit, quod poſt aliquod lineas curatorem eiuſmodi non niſi voluntarium conſtitui affirmat. Quod quidem præſuppoſito eiuſmodi ſtatuto iure, magis eſt vt falſum haberi debeat: quoniam ſecundum illud curator iſte ordinarius eſt, non ſecus ac tutor adoleſcentis, & cum ius illud mulieri curatorē tandũ eſſe omnimode ſanciat, eo ipſo neceſſitatē ſuſcipiēdi eius muneris imponere videtur. Ideoq; non obſtat

ſtat

Digitized by Google

ſtat *l.2.d.curator.bon.* quia iure ciuili curator hic extraordinarius eſt, & cum alijs remedijs, veluti permiſsionem in poſſeſsionem bonorum creditoribus ſuccurri poſsit, non temere aut facile inuitus hoc onere grauari debet.

Ne quidem iuramento.] Satis dubium hoc videtur, propter authoritatem iuris canonici *in cap.cum contingat.d.iureiurand.& cap.quamuis de pact.in 6.* maxime ſi iuxta ſententiam Martini etiam contractus nullos iuramento confirmati ſtatuamus, de quo *diſputat.vt.* Neque vero pro eſſentiali quadam ſolennitate interventus curatoris habendus videtur, cum ipſe Treut. mox actus bene a muliere ſine curatore geſtos, ſubſiſtere dicit: vix enim hac in re mulieres comparaueris cum pupillis.

Nec ratihabitio actum ſubſequens.]Intelligenda erit ratihabitio curatoris, quod alias nemo contractum à ſe ipſo factum ratum habere dicatur. Non dubitarim tamen aliud ſtatuere, ſi approbatio curatoris ſtatim ſequatur.

Etiamſi cum marito.]Imo hoc caſu maior ratio eſſe videtur exigendi curatoris, propter amorem coniugalem & reverentiam arg. eius, quod in caſu mulieris pro marito intercedentis iure ciuili ſtatutū eſt *Auth.ſi qua mulier C. ad SCtū Velleiā.*

Et tam cum pactum de non petendo.] Male & hoc per ampliationem traditur: ſiquidem hoc caſu tanto magis curatore opus, quod paciſci de non petendo incidit in ſpeciem donationis: niſi forte Tr. nudam intellexit quietationem & apocham. Verum hæc nonniſi abſurde pactum de non petendo vocari poteſt.

In ipſius fauorem.]Eatenus quidem reſpiciunt hæc ſtatuta inutilitatem mulierum, quatenus efficiunt, ne damnum patiantur rei fam. cæterum quatenus in præſumpto defectu & imbecillitate & inhabilitate ſexus fundantur, & liberā bonorum adminiſtrationem fœminis adimunt, vix eſt ut vere principaliter in earum favorem introducta dici poſsint.

Lit. B.

Miles.] Nec parte quidem aduerſa conſentiente *l.8.§.2.h.t.§.vlt.I.de except.* & tamen poſt litem cum eo conteſtatam recuſari amplius non poteſt *l.8.§.2.l.13.C.eod.* & hic adeo exemplum eſt *ad l.77.de regul.iur.* quod expreſſa noceant, non expreſſa non noceant: nec alia eius ratio ſolida ratio dari poſſe videtur, niſi deſumpta à ſubtilitate iuris ciuilis, quod lite conteſtata dominus effectus, rem alienam iam tractare non videtur,

Lit. C.

Potentiores.) Tit. ille magis ad eos, qui patrocinium præſtant, quam procurationem in ſe ſuſcipiunt, pertinere videtur: quod præſertim vili procurationis munere functuros potentiores veroſimile non ſit: neque tamen negauero, ſi tale quid eveniat, idem iuris fore cum *Glo.Br.& Bl.in l.1.d.t.*

Lit. D.

Redemptores litium.]Intellige eos, qui de quota litis pactum fecerunt, de quibus communiter Dd. explicant *l.15.C.h.t.* qui autem ſub prætextu tit. alienius actionem in ſe transtulerunt, alio reſpectu redemptores litium dicuntur, de quibus agunt. *Dd.in l.22.& 23. Cod. mand. & in l.2.C.ne liceat potent.*

Vbi eodem modo dicitur.] Hoc verum non videtur, eodem modo dici officium procuratoris gratuitum, & ſcientiam iuris pretio nummario non æſtimandam, quia procuratoris officiū non alio modo gratuitum dicitur, quam quo ipſum mandatum, quod mercede conſtituta aſſumit naturam locationis. Quod autem de iuris ſcientia dicitur *in l.1.d.extr.cognit.* ad commendandam dignitatem & excellentiam eius (quæ in officio procuratoris nulla eſt) pertinet, quod operam ſuam mercede vel pretio æſtimare, ICto ſit indignum.

Lit. E.

Rei capitalium criminum.]Textus *in l.6.C h.t.* generaliter de reis criminum loquitur, eoque etiam de criminibus non capitalibus videtur accipienda: cum *Dd.ibid.Cyn.Bald.Salic.Caſtren.& Iaſ.* qui hanc communem Dd. tradit explicationem; neque diſſentit ipſe Sichard. à Treut. citatus. Et ratio affertur communiter, quod prius tendere debeat ad purgationem innocentiæ, quam alterius cauſam agat: neque debet in iudicio verſari & dominus litis effici, quem incertum eſt, cauſam peracturum & dominum litis manſurum eſſe. Sed objicitur *l.1.§.6.de poſtul* quæ nominatim meminit capitis damnatorum. Verum admiſſo hoc arg à contrario ſenſu, etiam capitalium criminum reos poſtulare & procuratores eſſe poſſe ſequitur: idemque omnes damnatos crimine nō capitali pro alio poſtulare poſſe, cum tamē omnes edicto notati arceantur *d.l.1.§.7.ad poſtul.* Et fortaſſis ideo capitalis etiam inis mentio facta eſt, quod quidā ex crimine non capitali damnati, modo ciuitatē retineant, licet infames fiāt, pro ſe & certis perſonis recte poſtulant. Poſſit etiā videri nō bona cōſequutio à poſtulatione ad procurationē, ex qua totius cauſæ tracta tionem

nem quis in ſe ſuſcepit, & dominus litis efficitur. Cæterum *l. 21. d. accuſat.* de caſu ſuſpenſi criminis tractat, de quo vide ibi Budæum, & neque poſtulandi, neque procurandi, ſed ad fiſcum deferendi ius concedit. LIT. F.

Non infamis.] Hoc ex iure Iuſtin. liquidum videtur *ex §. vlt. inſtit. d. except.* Ius tamen Canon. ſimpliciter infamem excludit, nulla facta mentione diuerſi aut mutati iuris ciuilis. Et poſſit *d. §. vlt.* reſtringi ad caſum, quo exceptio infamiæ dubia ſit & incerta, ita vt eo admiſſo differatur iudicium: quam explicationem ipſa verba Iuſtin. ſuppeditant, ibi *ne dum de ijs altercatur &c.* quæ ratio ceſſat in notorie infami: facit quod Iuſtin. *ſub tit. de poſtuland.* textus inſeri paſſus eſt quibus infames pro alijs poſtulare prohibentur: nec videtur diuerſa eſſe ratio, quod vtique apud prætorem procuratores poſtulabant actiones *l. 33 §. 3. h. t.* & apud pedeaneos quoque, iudices poſtulationes fiebant *l. 1 §. 5. de poſtuland.*

LIT. G.

Vilitas offic'j communiter à Doctoribus adſtruitur *ex l. 34. Cod. decurion.* quæ tamen de procuratore ad negotia & quaſi functione iuſt roria poſſit exaudiri. Plane cum iure noſtro non videntur fuiſſe ordinarij procuratores, non ſatis bene hoc videatur dici officium. Cæterum conſtituris in dignitate non valde honorabile fuerit, procuratores agere, admiſſos tamen non fuiſſe, à Tr. ſatis probari non video: ſi ſicut nec illud ſimpliciter verum, quod expeditum fuerit apud iudicem pedaneum: ſiquidem apud prætorem & litis conteſtatio fiebat, & actio poſtulabatur *l. 33. §. pen. h. t.* neque ſatis idoneum hoc vilitatis argumentum, quando quidem apud iudices pedaneos fiebant *l. 1. §. 6. d. poſtul.*

THESIS VII.

LIT. A.

Conſtituitur ſolo conſenſu]Subijcit in ſeqq. conſtitui etiam abſentem, etiam per ratihabitionē. Quæ non ſatis recte vt diuerſa proponi videntur: ſed ex illo inferre debebat, etiam abſentem &c. procuratorem conſtitui poſſe.

LIT. D.

In Camera ad totam cauſam.] Debebat dicere, non niſi ad totam cauſam: quia etiam iure ciuili & quidem frequentius ad totam cauſam conſtitutos fuiſſe verius eſt: quo pertinet, quod per litem conteſtatam domini litis efficiebantur.

LIT. E.

Regulariter cum mandato.] Parum ſubtiliter hoc ſubijcitur ad id, quod de conſenſu dixerat quia in illo ipſo conſenſu conſiſtit mandatum, quod nudo conſenſu perfici conſtat.

LIT. F

Niſi ſit coniuncta perſona.] Inſubtilis & hæc exceptio eſt: quia nec coniuncta perſona ſine mandato procurator conſtitui poteſt, ſed circa conſtitutionem cum cautione rati admittitur: Quæ quæſtiones diuerſæ ſunt.

Etiam conſortem.] Fit hoc non propter coniunctionem perſonæ ſed connexionem cauſæ, & coniunctionem ipſius negotij *per l. 2. C. d. conſortibus eiuſd. lit.*

An maritus pro vxore.] Bona vxoris vel dicuntur dotalia, vel præter dotem: & hæc vel in ſpecie paraphernalia vel receptitia: quod quædam etiam vltra dotem vxor alio tamen iure marito committit, quædam ſibi omnino reſeruat. Secundum quæ Tr. eut. imperfecte reſpondet, cautione rati opus eſſe in receptitijs, non idem in dotalibus: pro quo dicere debebat, in præter dotalibus, quæ in ſpecie ita dicuntur, quippe quorū maritus legitimus eſt adminiſtrator iuxta *l. 8. & v't. C de pact. conuent.* Etenim in dotalibus ex ratione iuris inepta hæc quæſtio eſt: pro quibus ipſe maritus dominij iure experitur, ita vt vxor nec agēdi ius habeat. *l. 9. C. d rei vind. cū ſimilibus.*

Iure Saxon.] Ratio videtur, quod eo iure reuera nulla dotalia, ſed omnia bona pari iure ſunt apud maritum. LIT. H.

Non amicus pro amico.] Ratio vera eſt, quod nulla certa amici definitio: vt adeo prætextu amicitiæ ad agendum quis amitti non debeat *v. Vaſq. d. ff contr. ill. c. 23 n. 7.* fortaſſis etiam videri poteſt aliquod intereſſe coniunctæ perſonæ propter ſpem ſucceſſionis.

In electione eſt procuratoris.] Ego magis ſequar Petr. allegat. ab *Accurſ. in d. §. ſin autem* in electione eſſe rei conuenti, vt mandatum probari petat aut cautionem admittat; Et male huc adferrur regula de alternariuis; quæ præſupponit procuratorem ad alterutrum æqualitate teneri. Atqui imo verius eſt teneri eum approbandum mandatum, vtpote fundamentum ex quo nomine alieno ſibi actionem dari poſtulat. & alias redigeretur effectu, quiuis procuratorem ſeſe ferens, ad inſtar coniunctæ perſonæ. Ergo ita id limitandum erit, vel electio ſit procuratoris vt cautionem præſtet vel plene probet: quoniā per ſemiplenam probationē & præſumptiones, vel vnū teſtē, & ſit res dubia, vt locus fiat cautioni de rato.

Digitized by Google

rato ex communi Dd. ſententia, de qua *Ioh. Fab. in §. fin autem l. d. ſatiſdat. Dd. in l. 1. C. h. t. Cyn. n. 3. Br. n. 12. Bl. col. 2. Salic. n. 7. 8. & 10. Caſtr. n. 6. Iaſ. ibid. inf.*

Imo inſuper aliquando.) Verbi cauſa in actione in rem: qua ſententia, qua executioni mandata res transferatur in priorem, non facit, quominus iure domini res à victore peti poſſit: & fit eo modo executio non contra defenſorem, ſed contra ipſum principalem.

THESIS VIII.

LIT. A.

An clauſula de ratihabendo) Vera hæc ſententia eſt, quam hic proponit Treut. clauſulam iſtam non variare naturam mandati, neque ad eſſentiam eius vllo modo pertinere: Etenim ſicut procurator de cuius mandato conſtat, de rato non cauet, ita quoque nec dominus qui mandatum dat, amplius ratum ſe habiturum adijcere neceſſe habet: & citra quodcunque abſoluitur mandatum, id de eſſentia mandati vel neceſſitate eſſe non poteſt: perficitur autem mandatum nudo conſenſu, dum quis alteri negotia ſua curanda committit: & plus quam ridiculus fuerit; ſi falſus in mandatum ſe dediſſe, de non adiecta clauſula rati excipiat, & veriſſime *Gloſſ. in l. 65. h. tit.* notat verba, *ratum ſe habiturum*, ſuperflua eſſe, & ſufficere præcedd: *quod ibid. probat Caſtr.* Et ergo clauſula iſta mandatum nullo modo ampliat, multo minus mandatum ſimplex in mandatum cum libera transformat, quam ſententiam Tr. imputat *Glo.*) & eius meminit *Caſtr. in l ſi proc. 65 h. t. nu. 4.*) *in cap. d. relig. domib.* quæ tamen in aliis loquitur terminis, vbi videlicet poſt negotia generaliter commiſſa, ſubiecta eſt clauſula; & quidquid aliud geſſeris ratum habebo: & tamen *ibid Glo.* magis probat, vt idem ſunt literæ de rato & mandatum procuratorium, quod quidem veriſſimum eſt.

LIT. B. & C.

Ad quas mandatum ſpeciale.) Exemplum de iuramento calumniæ, vſu quidem probatur, ſed non convenit conſtitutioni *Iuſtin in l. 2. C. d. iur. propter calū.* vt notatur infra *diſp. 21. th. 4. lit. D* Et obſervatio hæc præcipue ad procuratorē negotiorum pertinere videtur, iuxta notata infra *diſp. 27. th. 5.* Sed illud hic notandum, quod procurator etiam generalis ad negotia citra mandatum ſpeciale ad agendum, rem in iudicium deducere & præſtita cautione de rato nomine domini actionem petere poteſt: *per l. 33. §. 3. & l 39. §. 1. h. t.* quod alias vbi conſtat mandatum non eſſe, nec eum cautione rati admittitur procurator, vt notant omnes *l. 1. C. h. t.* facit quod *in l. 40. §. pen h. t.* negatur exigi poſſe cautio rati poſt litem conteſtatam, cum tamen exceptio defectus mandati perpetuo obſtat: *l. 24 C. h. t.* eoque pertinet quod dicitur *in l 5. §. 18. ad nov. oper. nunt.* procuratorem etiam verum cavere de rato: male enim *Iaſ. in l. 1. C. h. t. col. 2.* ſpecialem ibi caſum eſſe ait: mile etiam alij ad caſum quo de mandato dubitatur, vel illud non eſt ſufficiens, referunt: rectiſſime autem *Bald. in d. l. 1. C. h t. col. 2.* quod ibi conſtabat de mandato ſaltem generali.

LIT. F.

Cur citra mandatum ſpeciale procurator non poſſit petere prorogationem quartæ dilationis, hanc rationem reddit Tr. quod non poſſit prorogare de tempore ad tempus. Sed videamus, ne hæc ratio non concludat, aut totum illud male huc referatur: ſi quidem in materia iuriſdictionis prorogationem à tempore ad tempus appellamus, per quam efficitur, vt iudex ad tempus datus, poſt illud iudicare poſſit de quo *ſup. diſp. 3.* Et de hoc prorogandi modo loquitur *Glo. pro d. ſſ. citata in c. 32. d. off. deleg.* cuius ſententiam puto veram, ſed male a Tr. ad quæſtionem plane diverſam accommodatam.

THESIS IX.

LIT. B.

Siue privatis.) Non ſatis bene inſtrumentum notarij inter privata refert: quia licet hoc inſtrumenti genus non eo modo quo acta iudiciaria, publica ſint, attamen eum Notarij fides publice approbata ſit, & Notarij paſſim publicæ perſonæ appellantur, inſtrumenta quoque ab ijs confecta, publica potius cenſenda erunt, ſub quæ etiam ipſe Tr. ea refert *part. 2. diſp. 5. th. 1. lit.* D. Videri autem poſſit hæc enumeratio manca, quod etiam inſtrumentis mere privatis. V. C. literis, aliquando mandatum probari poteſt *per l. 65. h t.*

LIT. C.

Deinde & teſtibus.) Quæſtio hæc, an mandatum per teſtes plene probetur, à Dd. habetur difficilis, per notata eorum *in l. 1. C. h. t.* Et ſententia quidem Treut. communius probatur *ibid. à Bart. n. 11 Bald col. 2. Salic. n. 11. Iaſ. col. 2. Sich. ibid. inf* contra Petrum olim qui præciſe deſideravit inſtrumenta publica: in cuius ſententiam inclinat *Cyn. in d. l. C. h. t. nu. 7.* & eam aperte probat *Caſtr. n. 7.* hoc fundamento, quod non ſatis

Digitized by Google

ſatis conſulatur reo ſi citra cautionem rati eiuſmodi probationem admittere cogatur: cum dominus poſtea teſtes falſos dicere & denuo agere poſſit. Communis tamen ſententia admitti poteſt ſub limitatione, quæ Jacobo Buttigar. adſcribitur, ſi tales ſint teſtes, quibus nihil omnino obiici poſſit, cæteroquin ſi vel leve dubium ſit, cautione rati defectus ille ſupplendus erit.

LIT D.

Cum quis inſtrumenta habet.) Præſumptionem iſtam nec hoc quidem operari, vt ad cautionem rati admittatur procurator, exiſtimare videntur *Salicet. in d. l. 1. C. h. t. n. 9. & ibid. Bl. col. vlt.* & eſt ſane iſta præſumptio paulo remotior à conſtitutione procuratoris. Communior tamen opinio in contrarium eſt, teſte *Iaſon. in d. l. 1. inf.* vbi multos allegat. Idenque male Dd. pleroſque diſſentire ait Tr. male eos ita allegat, quaſi ita plenam mandati probationem exigant, vt nec cautionē admittant: ſiquidem illud ipſum quod Tr. ſubiicit, communiſſime Dd. tradunt, vt notatum ad *th. 7 lit H.* quod vbi mandatum plene probatū non eſt, cū cautione rati procurator admittatur.

Quæ cautio in Camera.) Idem iure civili. Quod de fide ſubiicit, intellige, vbi nulla plane de mandato facta eſt: Cæteroquin nihil in his procuratoribus eſſet ſpeciale per ſup notata.

Ex ſola temporis diuturnitate.) Obſcurius hoc proponitur, ambigue: quia cum in præcedd. agatur de probatione mandati quo ad ea quæ iam aguntur, aut in futurum agenda ſunt, attamen, vt ex allegato apparet Baldo, vel potius quos ipſe allegat, *Bl. in l. 2. C. ſi ex falſ. inſtr. Iaſon. in l. 2. C. qui admitti. colum.* 5. quod hic proponitur, ad præſumptionem & probationem mandati in præteritum pertinet: & hoc quæri intelligitur, an ſi poſtquam quis alieno nomine aliquid geſſerit, multum temporis elapſum ſit, ideo mandatum habuiſſe debeat, præſumi quod ſane negandum eſt, quia tempus ex ſe nullam vim habet inducendæ obligationis vel conſenſus: idque tam apertum eſt, vt vix mihi patiar perſuaderi contrarium (quod Trent ait) communius eſſe receptum: cum etiam nullo adducto diſſ. Iaſon. illud ſimpliciter tradat ex *Bl. Alexan & Salic.* idemque *Vaſquius*, cui iniuria fit à Treut. vt pote, quod hic ſub illa ipſa limitatione quam refert & ſeq. Treut. mandatum induci tradat, ſi ſcientia vel patientia domini intervenerit Neque obſtat *l. ſi filius 10. C. d. petit hered.* qua *Iaſon. ſola in d. l. 1. C. qui admitti:* in contrarium movetur: quia omiſſis frivolis reſponſionibus, quibus *Gloſſ. in d. l. 10. & Bald. d. præſcript memb. 1. p. 3. princ. q. 10. num. 29.* vtuntur, d eam, longum tempus, cuius *in dict. l. 10.* fit mentio, non hoc operari vt tuſſum patris interveniſſe cenſetur, ſed hoc, vt filio, qui hæreditatem, vel potius res ipſas bona fide & iuſto titulo longo tempore poſſedit, commodum & dominium eorum acquiratur: quamvis etiam ſcientiam patris ibi interceſſiſſe dici poſſit.

Sequitur apud Tr. quod ſententia contra falſum procuratorem lata, reſpectu domini tantum, non etiam ipſius procuratoris nulla ſit. Quod proprie loquendo verum non eſt, ſiquidem, vt ipſe tradit *th. 4. lit.* C. & probat *l. 24. C. h. t.* iudicium ipſo iure eſt nullum: In eoque ſui videtur oblitus Tr. dum pro ſua opinione hic adducit *l. 1. C. quibus res iud. non noc.* quam tamen *d. th. 4.* explicavit de defenſore. Plane vbi cautio rati intervenit, per obliquum iudicium effectum habere videtur, quod per eam efficitur, vt reus quantum iterum conventus domino præſtat, à procuratore falſo eiuſque fideiuſſoribus conſequatur. *l. 3. §. vltim. rem rat. hab.* Reveta autem iudicium nullum eſt & manet, ſi quidem nullam inde iudicati actionem naſci vel exceptionem conſtat. Ideoque nec verum eſt, quod Treut. ait ſententiā mandari executioni contra falſum procuratorem: cum non niſi ex ſtipulatione rati conveniri poſſit. Sed & cum hic de procuratore actoris tractet, & de cautione rati, inepte hoc de executione ſententiæ adfertur, quæ non poteſt fieri niſi contra procuratorem rei, vel potius defenſorem: in quo nulla ratio dubitandi, quod hic præſtita cautione de iudicato ſolvendo iudicium omnino ſubſiſtit: neque qui ſub tali cautione iure permittente etiam vbi mandatū non eſſe conſtat, intervenit, vllo modo procurator falſus dici poteſt. Illa quoque ieiuna ratio eſt quod procurator alias allegaret propriā turpitudinē: quoniam actus ipſo iure nullus per hanc conſiderationem validari non poteſt, & domino iterum agente ſatis de falſitate procuratoris apparet: *vid. not. ſup. th. 4. lit. C.* & adde, quod *Menochius poſt multos 2. præſumpt. 33. n. 7.* tradit præſumi mandatum, ſi dominus ſciat & patiatur: ex quo efficietur, procuratorē hoc caſu falſum non eſſe, & porro, domino iterum agere volenti, ob ſtatutum exceptionem rei iudicatæ. Quæ aſſertio mihi ſuſpecta eſt, quia iura tequ... iunt mandatum, quod hoc caſu induci non

debet

debet ex nuda patientia, cum dominus ideo credi poſſit tacuiſſe, quod ſciret à falſo procuratore nihil ſibi poſſe præiudicari: quæ olim ratio & opinio fuit *Guil de Suſar.* quam videtur probare *Salic. in l. 24. C. h. t. n. 8.*

THESIS X.

LIT. A.

Tam diu durat quamdiu voluntas.) Paulo generalius hoc affirmatur, tum quia lite conteſtata libera revocatio non eſt, tum quia niſi re integra fiat, actio mandati procuratori datur.

Si tamen iuramentum.) Aut conſideratur iurata promiſſio facta procuratori, aut adverſario. Illo caſu falſa hæc ſententia eſt, cum nihil poſſit intereſſe procuratoris, quia etiam ſe ingerendo fit ſuſpectus *argum. l. 25. h. t.* Sed & hoc caſu, vbi lis nondum conteſtata eſt ſequor potius ſententiam communem, de qua teſtatur, *Boerius dec. 207.* vel quia hoc eſt contra naturam contractus huius, vt dominus præciſa neceſſitate aſtringatur: vel quia nullum etiam intereſſe pars aduerſa prætẽdere poteſt. Plane revocando procuratorem dominus erit periurus, ſi id faciat citra iuſtam cauſam, vt tradit *Boer. d. loc.*

LIT. C.

In bene conſtitutis iudiciis.) Traditio hæc quoad partes rei, a iure communi non diſcrepat: quoad actorem vera non videtur; cum nihil intereſſe poſſit rei, quominus, licet ſatisdatione de rato præſtita, in ſe ſuſcipiat iudicium: licet neceſſum non ſit, vt actor pro procuratore ſuo cautionem de rato exponat.

Vt nove & eleganter probat Ronchegall.) Et ergo exiſtimat Treutler. quod exoneratio procuratoris conſenſu domini ſolo & iam lite conteſtata & circa cauſæ cognitionem inuito quoque aduerſario fieri poſſit: ita enim caſum formandum eſſe ex eo liquet, quod ſi litem non conteſtatam vel cauſa cognita id factum proponas, minime noua illa futura eſt aſſertio. Verum nona hæc aſſertio confutatur. I. per *l. 25. in prin. h. t.* vbi dicitur ſi dominus procuratorem mutare velit, & eius res iuſtas cauſas prætendat, quas aduerſarius talias eſſe dicat, apud prætorem hoc eſſe excipiendum. II. *per l. 22. C h. t.* qua negatur domino facultas, poſt litem conteſtatam iudicii à procuratore in ſe transferendi.

Illud magis euidentem.) Ratio invitis imponendi onus procuratoris quam iuri Sax. propriã facit, non diſcrepabit à ratione iuris ciuilis, præſuppoſitis duobus, quæ moribus hodiernis in ſuperioribus iudiciis obtinere ſolent. I. Vt certi ordinariique ſint procuratores. II. Vt partibus nonniſi per procuratores agere fas ſit. Fit enim ita, vt officium iſtud non amplius priuatum ſit ſed publicum. Accedit & hoc, quod cum in ſingulis terminis ſingula proponendi, Ars quædam hodie ſit & ſcientia: quam priuati non callent, procuratores autem profitentur, hoc ipſo vicem repræſentant aduocatorum quos inuitos dari poſſe traditur *diſp. praeced. th. 1. lit. G.* & ipſe hic Treut procuratoris & aduocati officium parum hodie differre affirmat.

Controuerſiam quæ movetur *lit. D.* an mandatum conferri poſſit poſt mortem ad explicationem *l. fin. de ſolution.* reiicimus *ad diſp. 27. theſ 6.*

LIT. E.

Niſi ignorante mandatario.) Patum ſubtilis hæc exceptio eſt, cum hoc quoq; caſu ipſo iure mandatum ſoluatur, & æquitatis ſaltem intuitu ob iuſtam ignorantiam mandatario, nomine eorũ quæ geſſit vtilis actio detur.

LIT. F.

Sententia igitur in eum ferri poteſt.) Imo ferri debet, ex hac ipſa ratione, quod procurator dominus litis eſt eſtque hæc poteſtas huius dominii, vt ſententia in dominium ferri non poſſit, quod notat *Caſtr. in l. 22. C. h. t.* & ſi feratur nulliter id fiat *Salic. ibid.* eamque veritatem eſſe *ibid. att. Bl.* Et vero arbitrio iudicis hoc permittere, vt vel in dominium, vel in procuratorem ſentẽtiam ferat, fuerit inſubtile facit quod in famoſis iudiciis cautelæ loco traditur, vt quis litiget per procuratorem *l. 6. § 2. de his qui not. infam.* quæ cautela nulla eſſet ſi in dominum ſententiam ferre liceret: faciunt quæ ſupra *diſp. 4. th. 4. lit. C.* notata ſunt, dominum citari quoque non poſſe: quod communiter tradunt *Dd in d. l. 22. C. h. t.* Vbi tamen addendum quod I ſtin. conſtituit in *§ 5. verſ. alia inſuper d. ſatiſdat* vt reus caueat ſe tempore ſententiæ ferendæ in iudicium venturum eſſe: cuius quidem rei neceſſitatem nullo alio fine videtur reo impoſuiſſe Iuſtin. quam vt in ipſum potius, qui etiam effectu ipſo actione iudicati tenetur, quam in procuratorem ſententia feratur.

In Camera tamen videtur &c.) Improbate hic videtur Tr. quod hodie licet procuratores litem conteſtati ſint, mortuo tamẽ principali hæredes ad reſumendam cauſam citari ſolent. Verum videtur hoc rationi iuris fieri non inconveniens, quod procuratores hodierni, non vt olim, veri

veri inſtantiæ domini efficiuntur, ſed etiam poſt litis conteſtationem nudi miniſtri & vicarij maneut, quippe quod in principales ipſos, non autem in procuratores ſententia ferri ſolet.

THESIS XI.

Lit. A.

Actione iudicati non tenetur.) Effectu inſpecto hoc verum eſt, quia actio iudicati in eum denegatur *l.4. in prin. d. re iudic.* eoque reſpectu dicitur *in l. Pluatimus 61. h. t.* procuratorem non conueniri: ſed ex hoc ipſo probatur, eum ipſo iure teneri, qui ſenſus eſt illius phraſis, *denegari actiones arg. l. 9. in prin. d. iureiur.* & ſi quidem procurator ipſe damnatur *d. l. 61.* vt paulo ante probatum, ipſo quoque iure, eum iudicati teneri conſequens eſt: nec male notat *Caſtren. in d. l. 61* quod actio quidem directa in procuratorem, ſed vtilis in dominum detur.

Vbi verba illa.) Recta hæc explicatio eſt, quia cum *in ſ. l. 61.* agatur de defenſore, principium L. d. eo qui tanquam procurator vltro interuenit, accipi oportet, in quem ne decipiatur actor, merito datur actio iudicati. *Doctores ibid. Bart. Caſtren.* & alij paulo hinc abeunt, explicantes illum locum de procuratore, qui mandatum ſe habere mentiebatur.

Lit. B.

Non niſi cauſa cognita.) Vera eſt ratio allegata à Treut: quia actori poſt præſtitam ſatisdationem de iudicato ſoluendo intereſt, vt cum ipſo defenſore potius, quam cum domino experiatur *Glo. & alii* locum iſtum *in l. 64. h. tit.* de procuratione accepiſſe videntur. Rectius *Bart. & Caſtren ibid* de defenſore accipiunt, ſed in hoc errant, quod cognitionem cauſæ verti putant inter dominum & defenſorem, cum potius vertatur inter dominum & actorem, cui ſatisdatione præſtita ius quæſitum eſt.

THESIS XII.

Tres quæſtiones hac theſi continentur. I. An negligentia procuratoris noceat domino. II. An contumacia eius noceat domino. III. Quibus caſibus factum procuratoris domino noceat, an reſtitutio huic debeat concedi. Ex his prior extra controuerſiam eſt ſicut & illud connexum, nomine eius quod procurator peccauit, actione mandati eum conueniri. Poſteriores duæ controuerſæ ſunt. Tu aliud in negligentia aliud in contumacia ius ſtatuit. Atqui quod ad hunc effectum vt iudicium teneat, & ſententia valeat, non videtur ſufficiens differentiæ ratio inter negligentiam & contumaciam dari poſſe neque enim alia de cauſa illa nocet, niſi quod procurator dominus litis eſt: quæ ipſa facit, vt contumacia quoque nocere debeat: quin ſi rationem iuris conſulimus, vbi procurator litem conteſtando in ſe iudicium tranſtulit, quoad decurſum iudicii & proceſſus perſona domini in conſiderationem amplius non venit: ſed omnia perinde tractantur, atque ſi negotium ad ipſum procuratorem pertineret. Et probatur hoc textu non obſcuro *in l. 10. h. t.* vbi etiam ſi fraude vel dolo quid a procuratore commiſſum ſit, ſententia valet: ex quo notat *Iaſon ibid. colum. 3.* & totidem verbis ex eo *Sichard. ibid.* quod licet mandato quantumuis generali non contineatur dolus, dolum tamen commiſſum a procuratore nocere domino: licet reuera, vt iam dictum damnum domini hic non ſpectetur, ſed quod procurator dominus litis eſt, cum quo qui mandatum domini ſequutus litem contraxit decipi non debet, multo minus hoc prætextu iudicium eludi & conuelli: quin alias non noceret negligentia, quod nec hæc mandato contineatur. Et hanc ſententiam probat *Salicet in l. 3. C. h. t. num 6.* vbi præcipuum argumentum Bart. a fructuario deſumptum diſſoluit: quod ſcil. ille non ideo quod mandatum habeat, ſed certo quodam reſpectu & ſecundum quid proprietarii procurator dicatur. Neque obſtat *l. 1. § 2. ſi quis in ius vocatus non dicenti*: quia eſt de mere perſonali & ſpeciali contumaciæ genere, quæ non reſpicit ipſum proceſſum, ſed qua prætoris autoritas contempta vindicatur, & quidem ſingulari eaque pœnali actione introducta, quam contra dominum dari plane fuerit iniquum. Et hactenus hic contumaciam nocere dicimus, vt ſententiam definitiuam, perinde ac ſi ipſe dominus contumax fuiſſet, iure ſubſiſtentem iudex pronuntiare poſſit: quæ & *Caſtren.* ſententia eſt *in l. 1. §. 2. ſi quis in ius voc.* eaque ipſa diſtinctio eſt, quam refert. *Cyn. in l. 3. C. h. t.* quod contumacia procuratoris noceat quoad proceſſum, vt ſententia valeat, non quoad pœnam domino infligendam. Sed & quoad alios effectus contumaciam domino nocere negabimus, veluti, quod contumax non appellat, vt *not. Salic. in d. l. 3. C. h. t. in f.* quod pœna ſit quædam extra proceſſum: vel quod ſententia lata & inſtantia finita ius & dominium illud procuratoris finiri videtur, & iam dominus ipſe iure ſuo pro-

proſequi cauſam poteſt *l. 9. C. de appellat.* Ex his etiam illud efficitur, vt in caſu litis non conteſtatę contumacia procuratoris conſtituti domino nocere non debeat: veluti ſi agatur de mittendo creditores ex ſecundo decreto quam quidem miſſionem non decernet prætor, (domino pitus non citato) vt maxime ille quia domino ad defendendum accepit mandatum, contumaciter defendere recuſet, quod tradit *Caſtren. in l. 1 §. 2 ſi quis ius dic. &c.*

Tertia quæſtio eſt de reſtitutione domini: verum illud liquidum, ſiquidem domino per actionem mandati ſarciri damnum poſſit, non eſſe recurrendum ad remedium extraordinarium. Cæterum ſi procurator non ſit ſoluendo, ſuccurrendum domino eſſe contra reum abſolutum, communiſſima omnium ſententia eſt: ſucurri autem dupliciter poteſt, ex capite, de reſtit. maiorum, ex clauſula generali, *Si qua mihi iuſta cauſa &c.* vel ex capite doli: ſi hic à parte procuratoris interuenerit, etiamſi eum non participauerit reus, vt vid. ſi iterum agenti domino exceptio iudicati opponatur, replicetur de dolo, quæ poſt *Glo.* non obſcura videtur ſententia *Cyn. Br. Bl. & Saiic. in l. 10. C. h. t.* Verum mouet quod non videtur replicari poſſe de dolo tertii, *& in d. l. 10. C. h. tit.* indiſtincte negatur reſtitutionem dari aduerſus rem iudicatam, neque intereſſe videtur, ſiue id fiat directo an per modum replicationis: neque minus difficulter locus ille ad caſum quo procurator non eſt ſoluendo reſtringi non poteſt vt fortaſſis in puncto iuris defendi poſſit ſententia negatiua, reſtitutionem dandam non eſſe: licet pro ea non valde vrgeat ratio, cuius Tr. meminit in caſu commiſſæ negligentiæ: quod imputari poſſit domino, qui non elegerit procuratorem idoneum, quia & in æſtimandis facultatibus alterius facile quis falli, & qui hodie idoneus eſt, facultatibus labi & ſatis idoneorum copia aliquando deficere poteſt. Rectius adfertur *l. 3. §. vlt. C. d. iud.* vbi quod ſpecialiter minoribꝰ ex cauſa negligentiæ curatorum vel procuratorum in ſubſidium actio datur, aliud obtinere in maioribus à contrario ſenſu concludi poteſt: nec quod ibi deſidiæ tantum mentio fit, ob id in caſu fraudis aut doli admiſſi aliud Imp. reſponſurum fuiſſe credendum eſt. Neque obſtabit iſti ſententiæ *l. 3. § 1. d. eo per quem fact. &c.* quia caſus omnino eſt diſſimilis quod nihil imputari poſſit actori, qui aduerſarij dolo actionem amiſit, quæ adeo citra iniuriã cuiuſquam & iuſtam indignationem ibi reſtituitur, non autem reſtitutio contra ſententiam datur.

THESIS XIII.

LIT. A.

Interdum extra ordinem.) Quæſtio hæc de Salario procuratoris, an & qua actione illud petere poſſit, liquida non eſt, de qua plenius agitur *infr. diſp. 27. th. 1.* Aliquid hîc attingemus. Ait Tr. peti interdum ſalarium extra ordinem, eoque ſe referre *l. 17. C. Mandati* in qua dicitur ſalarium incertæ pollicitationis peti non poſſe: & conſequenter exiſtimat Treut. textum illum reſtringendum ad actionem mandati, quam olim ſententiam *Iacobi de Aren.* ſequitur *Salic. d. l. 1. C. Mand. num. 2. Sich ibid. num. 5.* Sed præterquam, quod ita inepte captatis conſultoris verbis reſpondiſſent Impp. refutatur illa opinio textu expreſs. *in l. qui pecuniam 56. § penult. mandati.* Ergo dicendum eſt ſimpliciter incertum ſalarium, veluti, ſi quis dicat, *ſatisfaciam tibi de ſalario*, peti non poſſe: quod limitant Dd. niſi conſter, cum operam gratis præſtiturum non fuiſſe, exemplo Advocatorum *in l. 1. §. 10. d. extraord. cognit.* quod in hodiernis procuratoribus, quos advocatorum inſtar eſſe ſupra diximus, & qui hoc tanquã officium exercent, rationem habet: vix ad rationem juris noſtri, ſi quis tanquam mandatarius operam præſtet: niſi olim quoq; aliquos qui ordinario hanc operam in foro partibus præſtarent, fuiſſe exiſtimet. Porro vbi certum quid promiſſum eſt, modo non ſit perſona quæ operas locare, nec factum quod locari ſolitum ſit, (quod hic res tranſiret in locationem) pro vt ſtipulatione aut pacto vel in continenti vel ex intervallo adiecto ſalarium promiſſum eſt, ita vel condictionem certi ex ſtipulatu, vel præſer. verbis actionẽ *Dd. poſt Glo. in l. 1. C. h. t. Br. Bl. Caſtr.* concedunt: vel actionem mandati pacto informatam: cum aliis quoque caſibus licet alterata aliquantum per pactum natura contractus, actio tamen ex eo competat *l. 26. depoſiti*: niſi quis putaverit vtilem hoc caſu non directam eſſe mandati actionem *arg. l. 6. §. vlt. Mand.* vbi tamen quod de utili actione danda dicitur, ita etiam explicare poſſis, vt non pro mercede, ſed ſuper principali actio vtilis mandati detur. hac dubitandi ratione; quod propter conventionẽ ſuper mercede videbatur induiſſe naturam locationis *arg. 1. §. vlt. Mand* quo etiam pertinet *l. 6. in pr. h. t.* ſi honor intervenerit, eſſe mandati actionem: quod honorarium diverſum ſit à mercede. Sed in tra-

in traditionibus Dd. hoc ſcrupulum movet, quod partes diſtinctionum ab ipſis traditarum ita exhauriunt omnia membra, vt nullus ſuperſit locus cognitioni extraordinariæ, cuius tamen diſerta mentio *l.1. C. Mand.* vbi ea opponitur actioni mandati, *& in l.7. D. eod.* ita quidem promiſſum certum ſalarium appareat. Et ſane cũ nomine ſalarij nõ quidvis nec quantumcũq; petere aut ſtipulari licuiſſe conſtet, etiam vbi pactam vel ſtipulatio intervenerat, extraordinariæ cognitioni locum eſſe potuiſſe facile crediderim. Verum de his, hoc quidem loco ſatis.

De non conſtituto etiam extra ordinem.) Hoc in procuratoribus ad rationem iuris noſtri dubiũ eſſe iam diximus. Cæterum dicere debebat, quod de non conſtituto *non niſi* extra ordinem ius diceretur: ſi quidem initio theſeos etiam in caſu conſtituti ſalarij extraordinariæ cognitioni fecerat locum.

LIT. D.

Aſſerit hic Tr. quod acquiſita ex procuratione ſint peculij quaſi Caſtr. ſtatim illam ſententiam limitans duplici ſubiecta diſtinctione, tum inter jus vetus & novum, tum inter conditionem perſonarum, an ſint viles an honeſtiores. Verum vtramque dubiam facit, quod non ex qualitate perſonæ, ſed ex titulo & cauſa acquirendi de hoc videtur ſtatuendum, quod alias etiam quod in militia viles perſonæ acquiſiverunt, Caſtrenſis peculij non eſſet dicendum: neque hac in re quicquam jure novo mutatum apparet. Et ſane quominus iſta ſub quaſi Caſtrenſe peculium referenda exiſtimem, moveor. I. Quod *in l.4. C.d. advocat. diverſ. iudic.* advocatorum tantum ſalaria referuntur ad peculium quaſi Caſtrenſe: quin *in l. vlt. C. de inoff. teſt.* ad ſalaria publica hoc reſtringi videtur: quæ ſententia fuit *Speculat.* relata a Baldo *in l.6. in pr. C. d. bon. quæ lib. num.16.* & ſane cum quaſi Caſtrenſe peculium iiſdem fere quibus Caſtrenſe privilegiis gaudeat, ea citra textum temere non ſunt extendenda. Hinc conſequeretur. II. Quia quaſi Caſtrenſe peculium dicitur reſpectu cuiuſdam militiæ togatæ: procurator autem neque militare, neque eius functio quæ mere privata eſt, militia dici meretur. III. Quod alias etiam mercedes procurationis cuiusvis ad negotia, imo inſtitoriæ etiam functionis, quaſi Caſtrenſi peculio accenſeri poſſunt, contra expreſſum textum *in §.2. I. per quas perſ. nobis acq.* vbi adventitij peculij eſſe dicitur, quod filius laboribus ſuis acquiſivit, tandem quod hoc officium ad rationem iuris noſtri vile eſt, & in quo ſola opera, non ingeniũ eruditio aut prudentia aliqua deſiderantur. Plane in Procuratoribus ijs, qui, vt ſupra dictum, hodiernis moribus in ſuperioribus iudiciis advocatorum inſtar obtinent, ſententiæ Treutler. poſſit eſſe locus.

DISPUTATIO X.

DE NEGOTIIS GESTIS.

Reſpondente

CHRISTOPHORO Ludovico à Bettendorff.

THESIS I.

LIT. A.

EST *quaſi contractus.*) Genus hoc ſicut & ſequentia, anguſtiorem faciunt definitionem, ſi, quæ *th.2. & ſeqq.* tractãtur, conferantur, quæ ſcil: oſtendunt actionem negotiorũ geſtorum, ſemper ex quaſi contractu non naſci: ideoq; cautio hic præmittenda erat, quod hæc actio alia ſit, vt ita loquar, ordinaria, de qua *in § 1. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contr. & in l.5. in prin. d. oblig. & act.* alia quaſi ſubſidiaria, variis negotiis accommodata: quod ex ſeqq. magis apparebit. Quoniam autem hic primum quaſi contractus fit mentio, obiter notare libet, hos contractus à veteris fere vt pacta tacita ab expreſſis, id eſt, qualitate conventionis differre, quod pluribus traditur infra *diſp. 22.* Deinde docendi cauſa ita hos contractus appellari, cæterò quin ICti ita loqui amant, vt obligationem, non ex quaſi contractu, ſed quaſi ex contractu vel delicto deſcendere dicant.

LIT. C.

Etiam hæreditatis iacentis.) Revera nulla hic pugna inter *l.3. § 6. h.t. & l.28. § fin. d. ſtip. ſervor.* neque enim dubium eſt, quin etiam in ſpecie *d. l.3.* hæredi poſt adeunti actio quæratur, quod ſcil quandocunque hæreditate adita, tempus illud cum tempore mortis teſtatoris continuatur, ſicut & quod paſſim hæreditas dicitur repræſentare perſonam defuncti, non propterea negatur hæreditas eſſe iacens, de quo adeo caſu prætor quoq; edicendum cenſuit *d. l.3. § 3.* quod præſertim ante declaratam ab hærede voluntatem, eius negotia vere dici non poſſunt.

Sed & ſciens.) Male adducitur *l.2. h.t.* ex qua

con-

Digitized by Google

contrarium potius oſtenditur, quoniam quod ibi dicitur, *licet ignorantis*, minime ſignificat, etiam vbi ſcientis negotia geſta ſunt, huic actioni eſſe locum, ſed continetur ijs verbis continuatio *ad tit. præt. d. procur.* quod non tantum fit actio, ſi quis geſſerit negotia ſcientis, ſed etiamſi ignorantis: illo videl. caſu mandati, hoc negotiorum geſtorum, idque ſtatim *in d. l. 2.* ſubiicitur, itaq; eo caſu, ſcilicet, quo ignorantis negotia geſta ſunt, vltro citroq; naſcitur actio, &c. Quod autem adducit *l. 19 §. 2. h. t.* apparet inde, confundi à Trent. actionem negotiorum geſt. quæ dici poteſt ordinaria, cum extraordinaria: neque dubium eſt quin multis caſibus, etiam vbi ex iuſſu negotio geſta ſunt, vbi perſonæ conditio actionem mandati naſci prohibet (quod accidit in ſpecie *d. l. 19. §. 2.*) naſci actionem negotiorum geſtorum, quæ aliquando actioni mandati eſt ſubſidiaria: ſicut & conſtat, contra curatorem prodigi vel adoleſcentis eſſe actionem neg. geſt. Verum illa neg. geſt. actio, de qua agitur *in d. l. 5. in pr. d. oblig. & act. & in §. 1. Inſt. d. oblig. quæ quaſi ex con.* tātum ad eum caſum quo ignorantis negotia geſta ſunt, pertinere videtur per dd. textus iuncta *l. 20. §. 1. mandati*, ibi *quis non antecesſerit mandatum.* Et tamen fatendum eſt vt mandati actioni ſit locus, non ſemper expreſſum mandatum antecedens deſiderari per *l. ſemper, 60. dict. reg. iur. l. 6. §. 2. l. 18. mandati*, vbi notanda ſunt verba, *ſi paſſus ſim*: quæ ſcil arguunt ſcientiam prohibere valentis, & quidem ſcientiam cum ipſo actu concurrentem, & ibi quis aliquid tanquam pro ſciente geſſit. Ceterū, maxime vbi quis tanquam ignorantis negotia gerit, poſtea ſuperueniens ſcientia, non ſtatim inducet mandatum, quod alias omnis ratihabitio faceret oriri actionem mādati, de quo infra *th. 6*

LIT. D.

Sine mandato.) Ait hanc eſſe ſpecificam differentiam huius quaſi contractus. Verum aut valde reſtringenda erit vox mandati aut contra tradita theſibus ſeqq. valde anguſte accipiendū definitum: ſiquidem alias exemplis *th. 2.* propoſitis hæc minime conueniunt.

LIT. E.

Atqui culpa eſt &c.) Explicatio Tr. quæ tamen etiam probari videtur *Curacio in l. 39. d reg. iur.* nimis & ad caſum ſingularem regulā reſtringit, eamque cuius vſum laxiorem eſſe oportet, quodammodo tollit. Quod ſi hoc generaliter obtinere exiſtimat, vt ratione tertii tantum quis in culpa eſſe videatur, procul dubio falſam regulæ illi adſcribit ſententiam, quippe quod culpa vel præcipue ratione eius ad quē res ſpectat, cōtrahi videatur: ſicuti hoc ſenſu ſuſpectus dicitur, qui ſe ingerit tutelæ vel procurationi *l. 25. de procur.* Ideoq; dicendum eſt regulam iſtam etiam huc trahi poſſe cum *Petr. Fabr. in d. l. 36.* ita vt qui facile aliena negotia gerenda ſuſcipit, hoc in culpa eſſe intelligatur, qua de cauſa etiam ad exactiſſimam adſtringitur diligentiam, ex ſentētia veriori de qua *th. 5.* Et multa tamen geſtorum à culpa excuſare poſſunt: & recte *Curac in d l. 36. inf* Laus eſt aliquando immiſcere ſe rebus amici, nonnunquam culpa: & optime ibid. Accur. magis creditur neg. geſtor. officium, quod homo homini debet implere, quam culpabiliter rei alienæ ſe immiſcere voluiſſe.

Qui voluntarius procurator) Notanda hic eſt incuria Treutleri, qui negotiorum geſtorum in genere appellat procuratorem voluntarium & tamen initio *th. 2.* diſtinguit geſtorum in neceſſarium & voluntarium, ita vt vtroque caſu pariter actionem negotiorum geſtorum concedat.

THESIS II.

LIT. A.

Proponit initio differentiam inter geſtorem neceſſarium & voluntarium, deſumptam ab eo, vt ipſe loquitur, quod in actionem deducitur, & quod neceſſarius ad omnia gerenda teneatur, ſpontaneus tantum ad id quod ſuſcepit. Vbi initio parum ſubtiliter pro iiſdem habet, quod gerendum ſuſcipitur, & quod in actionem deducitur. Ceterum ipſa hæc differentia, quod neceſſarium geſtorem. I. Particularis eſt, & ad adminiſtratores vniuerſitatis tantum pertinet: quod ex ipſis Tr. neceſſarii geſtoris ſpeciebus apparet, ex quibus propoſitæ *lit. C. & ſeqq.* executoris, liberi hominis pro ſervo poſſeſſi eiuſmodi geſtorum ſpecies ſunt, qui non niſi ad id quod ſuſceperunt gerendum tenentur. Deinde diſtinctio illa ideo nullius momenti eſt, quod & ſpontaneus negotiorum geſtor omnia ad quæ acceſſit expedire tenetur, & reuera neceſſarius quoque tantum ad ea quæ ſuſcepit expedienda adſtringitur, ſuſcepiſſe autem omnia ea intelligitur, ad quæ ex neceſſitate officii obligatur.

Quid ſi acceſſit vt omnia geſturus) Deciſio huius quæſtionis petenda *ex l. 6. §. vlt. h. t.* tenebitur nimirum etiam nomine eorū quæ non geſſit duobus caſibus, ſi propter illum alius nō acceſſit, eo ſciente & non cedente, vt loquitur *Salic in l. tutor.*

teri 20. C. h. t. n. 8. itemq; ſi alius diligentior omnia fuiſſet geſturus. Extra hos duos caſus non tenebitur niſi de inchoatis & connexis. Et hanc Iohannis opinionem fuiſſe tradit ibid. Salic. (quam male videtur accepiſſe Tr. quaſi ille ſimpliciter geſtorem de reliquis teneri negaſſet) eamque bonis rationibus confirmat, contra *Cyn. Caſtren. & Bart. ibid.* qui ſequuntur Guil. ex vitioſa ratione, quod ipſa deſtinatione & intentione gerendi cum eo cuius negotia ſunt, contrahi videatur. Plane ſi alius aliquis alia negotia actu geſſerit, hic ſolus tenebitur, quod factum hoc continens veritatem, potentius eſt ad producendam actionem quam alterius animus & propoſitum.

LIT. B.

Vt cum curator.) Cautione hæc aſſertio opus habet, quoniam quoad ſingulares actus negot. geſt. actioni locum eſſe verum eſt, in eoque diuerſa tutoris ratio, qui tutela durante nullo modo conueniri poteſt. Atqui in caſu finitæ curæ, vbi de reddendis actionibus agitur, quæſtio non liquida eſt, an curator negot. geſt. actione, an vtili tutelæ conueniatur, de quo agitur *infr. p. 2. diſp. 9. th. pen.* Ex quo etiam videatur explicari poſſe controverſia ſequens, pugnantibus in ſpeciem *l. 3. §. 5. h. t. & l. 1. §. 2. de contrar. tut. action.* vt videlicet altera quo finita cura ſuper vniuerſa adminiſtratione agitur, accipiatur: quod paulo durior fit explicatio Tr. vtrumq; locum de ead. ſpecie actionis accipientis.

LIT. C.

Item cum executor.) Non eſt pugna inter *l. 3. §. 8. h. t. & l ſi pignora 50. de euid.* nota etiam vulgata conciliatio, quam poſt *Gloſſ.* ſequitur Tr. Sed obſtat, quod omnino executor non haberet animum gerendi negotia ſiue creditoris ſiue debitoris, ſed exequendi mandatum prætoris. Deinde quod ſi animus aliquis gerendi negotia fingi poſſit, is quoque reſpectu debitoris conſiderari poſſit, quod ſcilicet hic ſolutione facta liberatur. Et hæc cauſa fuiſſe videtur *Anton. Fabric. in dict. l. 3. §. 8.* vt eum locum de actione doli interpretaretur. Verum quia Rubr. repugnat, & rationes noſtræ legib. ſunt accommodandæ, & *d. l. 50. de euic.* diſerte loquitur de debitore, dicendum eſt huic ideo actionem neg. geſt. contra executorē dari non poſſe, quod vtiq; ipſo inuito diſtractio pignorū, de qua ibi tractatur, fieri intelligitur, hæc autem actio præſumptam domini voluntatem requirit & deſiderat. Ac creditores qui iudicatum debitorem fecerunt, in venditionem bonorum, & eo ipſo conſentire intelliguntur in executorem, ſecundum ſententiā à prætore datā, qui etiam dum ſententiam à creditoribus impetratā effectui mandari curat, horum quodamodo negotium gerere dici poteſt. Et vtcunq; animus recta negotia creditorū gerendi non adſit, ſatis tamen eſſe poteſt, quod eorum vtilitatem hoc negotium & hæc geſtio cōcernat, cū & aliis multis caſibus in quib. minus appatet negotia gerendi animus hæc actio, quæ quodammodo vaga & ſubſidiaria eſt, accōmodetur *arg. l. 3. §. 5. & pen. l. 6. §. 5. & 6. in f. l. 27. & l. 31. §. 1. h. t.* Et ergo contra Fabr. qui etiam in connectendo *5. ſeq. cum d. §. 8.* nugas agere videtur, probanda magis conciliatio *Gloſſ.* ſiquidem vix eſt, vt inter apparitorem de quo *in d. l. 50.* & alium executorem diſtinguere poſſis.

LIT. D.

Proponit hic aliam ſpeciem, neceſſarij geſtoris his verbis: *cum tutor poſthumi inchoata negotia perficere cogitur*, & in alleg. ſubijcit, *& ſi non naſcatur poſthumus.* Atqui cardo huius controuerſiæ non circa perficienda negotia, ſed in eo vertitur, quænam actio huic tutori, non nato poſthumo concedatur. Qua de cauſa male tanquam ampliatio proponitur *& ſi poſthumus &c.* quæ quidem verba inferunt, etiam poſthumo nato actionē neg. geſt. proponendam eſſe: cum tamen illud conſtet, poſthumo nato, negotia omnia contingi, & etiam ante natiuitatem geſtorum nomine tutelæ agi *l. 29 h. t. l. 19. § ult. de teſt. tutel.* Cæterum quod attinet ad pugnam *l. pen. d. tut. & ration. diſtrah. & d. l. 29. h. t.* Paulus *in d. l pen.* ſubtilem nimis rationem ſequutus, Vlpianus autem hoc ſpectaſſe videtur, quod vtriq; verum eſt negotia tutore illo dato, & animo contrahēdi geſta fuiſſe, licet propter forte abortum matris, euentu conſiderato alterius negotia geſta eſſe appareat. Parum ſane refert, ſiue vtilē negotior. geſt. ſiue inutilem tutelæ competere dixeris.

LIT. E.

Vt ſi quis ſe mandatū.) Fruſtra hic allegatur *l 1. C. d. her. tut l. 2. C. d. mag. conuen.* Sed nimiſū hoc ſenſit Tr. ſi quid tutorum vel curatorū hæredes, in ſe adminiſtrandi ius tranſire exiſtimātes geſſerint, neg. geſt. fore actionem. Non dubitat tamen idem ſtatuendum in quocūque, qui tanquam ex mandato cuiuſcuoque negotia gerit, quod vtique opinio gerentis ad mandati actionem producendam ſufficere non poteſt.

LIT-

Lit. F.

Item ſi quis liber.]Hic quoque duas inter ſe leges committit Treutl. quas componendi ratio ab ipſo probata non immerito Accur. diſplicet: quoniam cum *in l.13.commod.* eiuſdem conditionis homo liber bona fide ſeruiens proponatur, eum conditionis ſuæ gnarum, tanquam hominem liberum negotia geſſiſſe, coniectura mere eſt diuinatoria, huic quoq; ſuſpecta quod ICtus ibi alternatiue actionem mandati & præſcriptis verbis proponit, quod ICtis ſolenne eſt, vbi propter aliquam cauſam an ordinariæ actioni locus ſit, dubitatur. Et fortaſſis non exiſtimandi ſunt inter ſe pugnare ICti, quod alter neg.geſt. alter mandati actionem proponit, cum præſertim in perſona illa & ſtatus quem reuera habet, & quem interim tanquam ſervus ſuſtinet, à ICtis videatur fuiſſe conſideratus.

THESIS III.

Lit. A.

Non vero huc pertinet.] Generalius quam par erat negat hic Treut. contra procuratorem dari actionem negotiorum geſtorum. Etenim ſi de negotio aliquo ſingulari tractetur, vel actione pro tutela aliquid fuerit omiſſum, actioni negotior.geſt. locum fore exiſtimem, per ea quæ traduntur *infra p.2.diſp.9 th.7.* Quin actionem negot. geſt. cum pro tutelæ actione concurrere poſſe locus *Paul.1.ſent.4.* (qui vix admittit explicationem Treut.) non obſcure confirmat. Et fortaſſis non ſatis bene infertur: vbi non habet locum actio pro tutelæ, ibi datur actio neg. geſt. (quod ſolum probatur *ex l.1.§.6. de eo qui pro tut.*) ergo vbi illa habet locum, hæc excluditur. Etenim actio negot.geſt. vaga eſt & quaſi generalis, & cum actio pro tutelæ etiam ante pubertatem detur *d.l.1.§.3 de eo qui pro tut.* protutor quoad hoc, curatoris inſtar eſſe videtur, qui neg. geſt. actione convenitur, vt probatur *d. diſp.9 p.2.* Poſſit etiam videri diſtinguendum, an dubium ſit de iure tutelæ, an tutorem non eſſe conſtet: vt illo caſu actio pro tutelæ detur *arg.l.1. de eo qui pro tutore.* (vbi propter hanc dubietatem dicitur motus prætor.) hoc actio neg.geſt. quo pertinere videtur *l.1.C.de teſtament.tutel. & l.6. de neg.geſt* quæ tamen loquitur de curatore, in quem negotiorum geſt. actionem dari facilius eſt.

Lit. B.

Si mater repetendi animo.] Ait expenſas in rem non videri animo donandi factas, niſi geſtor cōtrarium probet. Quæ ſimul conſiſtere non poſſe videntur, quia cuius eſt probare, contra eum militat præſumtio, ſicut ex aduerſo, pro quo præſumptio eſt, ille onere probandi releuatur: adeoque ſi mater, quæ impenſas faciendo negotia filij geſſit, onere probandi grauatur, ſequitur neceſſario contra Treut. quod expenſæ animo donandi factæ præſumantur. Et rectius *Gl. ſſ. in l.11.C.h.t. eamq; ſequuti Salicet. Bart. & Sichard. numer.11.* ita loquuntur, eo ipſo quod impenſæ in rem ſunt, præſumi factas animo repetendi, niſi contrarium, videlicet à filio, probetur, vt fortaſſis hic apud Treut. errorem typographicum liceat ſuſpicari. Et hæc tamen opinio non conuenit *l.11.Cod.h.tit.* ex qua tamen ipſi eam adſtruere conantur: ibi, *ſi recipiendi animo te feciſſe oſtenderis;* quibus vtique verbis onus probandi iniungitur matri. Plane ſi impenſa aliquanto maior fuerit, præſumetur facilius animo repetendi facta; quod *poſt Petrum probat Cyn. in dict.l.11.* vel ſi in libros rationum retulerit *Sichard. ibid. nu.10.* Cæterum poſſit aliquando mater etiam impenſas alimentarias repetere, vt in ſpecie *l. Neſennius 34. h.t.* quod notant *Bart. & Caſtr. in d.l.11.C.h.t.* niſi forte facilius aviæ eiuſve hæredibus præſertim in caſu adminiſtratorum bonorum reputatio alimentorum datur.

Lit. C.

Si vitricus in rebus priuignorum.] Cum de rebus priuignorum hoc proponat, fruſtra quærit in allegatis an adhibenda diſtinctio, inter expenſas in rem & in perſonam. Cæterum ego cōtra ſententiam Treut. *poſt Salic. & Bald. in l.15. C. h.t.* magis exiſtimo, expenſas alimentarias donandi animo factas præſumi: & verba *d.l.15.C h.t. paterno affectu,* nō limitandi, ſed explicandi gratia adiecta, quod in vitrico paternus debeat eſſe affectus: quam ſententiam non obſcure probat *Cyn. in d.l.15.* Plane ſi expenſas in rationes retulerit, ſi neceſſarium alimentorum modum excedant, & filius alias locuples ſit, reputandi animo impenſas factas fuiſſe præſumemus: quod notat *Bart. in d.l.15.*

Etiamſi bona priuigni adminiſtret.] Non recte ſe habet hæc ampliatio: quia hoc caſu facilius reputandi potius quam donandi animo expenſæ factæ præſumi poſſunt: *arg. d.l. Neſennius 34. h.t.* in qua non alia ratione in dubio ab avia repetendi animo præſtita reſpondet ICtus, videtur, quam quod auia nepotis bona adminiſtraſſe proponebatur.

Etſi enim vtroq; hoc caſu.] Ait ſiue vitricus bona

ed by Googl

na adminiſtret, vel priuignus vitrico operas præſtet, vtroque caſu vitricum ad repetenda alimenta actionem non habere, bona tamen reſtituentem ea reputare poſſe. Atquin regula iuris in contrarium eſt, vt quod quis directa actione conuentus reputare poteſt, id quoque contraria actione petendi ius ſit *l. 8. § vlt. commodati.* Et vtique ſi, quod tanquam principium præſuppoſnit Tr. impenſæ animo repetendi factæ præſumuntur, non video qua ratione vitrico actio negari poſsit, quæ præſertim in caſu non diſsimili datur auiæ vel eius hæredibus *l 34 h.t th.* & cum ipſe vitricum inter voluntarios geſtores qui ex quaſi contractu obligantur & obligant, referat, & reliqui cum quibus in *th.* coniungitur, actionem habeant, eam vitrico negare fuerit abſurdum. Illud plane conſtat, vbi vitricus adhuc actu adminiſtrat bona, eum contra priuignum non acturum: verum non ideo negandum eſt ipſi competere actionem.

Aut priuignus vitrico operas &c.] non recte ſimul ad hunc caſum accommodatur illud de reſtitutione bonorũ: quia priuignus operas præſtare poteſt vitrico, qui eius bona non adminiſtrat. Ipſa vero aſſertio repugnat communiori Dd. ſententiæ *in d l. 15. C. h. t.* exiſtimantium operas priuigni cum alimentis eſſe compenſandas: quamuis non abnuerim ex comparatione alimentorum & operarum, & harum qualitate & quantitate de hoc eſſe ſtatuendum.

Quod priuigni inter liberos.] Videtur quaſi hanc regulam ſtatuere, quod priuigni habeantur loco liberorum; verum contraria regula rectior eſt: quod priuigni pro liberis non habeantur: quod apparet ex iure poteſtatis, acquiſitionis, ſucceſsionis, & alijs id genus iuribus quorum inter vitricos & priuignos nulla eſt communio: quæ potius, vtpote longe inſigniora ad regulã ſtatuendã, exceptionis loco ponenda erant, quam illa ex *l. 3 de muneribus* quod vitricus onera priuigni ſuſcipere non teneatur.

LIT. D.

Si filius pro patre non animo donandi.] Satis erat dixiſſe ſimpliciter *ſi filius pro patre ſoluat*: quia in dubio eius ſententia repetendi ius habet: quod etiam probant *Bart. Bald. & Caſtrenſ. in l. 12. C. h. t.* contra Iohannem, qui referentibus *Bart. & Bl.* in dubio voluit præſumi donationem. Petrus autem inter quantitatem expenſarum diſtinxit: quod refert & ſequitur *Cyn in d. l. 12. Salic. ibid.* & magis videtur probare Bald.

LIT. E.

Si maritus in funus vxoris.] Ait quod maritus teneatur funerare vxorem ſi dos penes ipſum remaneat, quia teneatur in quantum facere poteſt, facere autem poſſe videatur quantum ſupereſt deducto ære alieno, impenſa autem funeris ſit æs alienum dotis. Quæ verba aut obſcuriſsima ſunt, aut ex ijs apparet Treutl. in aduertentia quadam ad quæſtionem diuerſiſsimam eſſe delapſum: quia maritus teneatur in quantum facere poteſt, vbi contra ipſum agitur ad reddendam dotem: qui caſus hinc eſt alieniſsimus: licet etiam verum nõ ſit, quod marito competat priuilegium, vt loquuntur, competentiæ, deducto ære alieno, quippe quod hoc ſoli donatori, qui ex liberalitate ſua conuenitur, eſt tributum *l. 19. § 1. de re iudic.* Cæterum illud ex *l. 19. C. h t.* apertum eſt, quod ſi dos penes maritum remaneat, ipſe quoque impenſas funeris ferre teneatur.

Quod autem de priuignis.] Sententia eſt, quod vitricus expenſas etiam in perſonam de ſuo præſtare non teneatur, teneatur autem maritus.

Vxorem inopem ægram.] Vix etiam hic ratio dubitandi: & tamen ſi patrem habeat, & morbus duret, ita vt vxor obſequia & operas præſtare non poſsit, patrem teneri impenſas præſtare, tradit ipſe citatus *Salic in l 13. C. h. t.* An autem maritus vltrà reditus dotis in vxorem impendere obligetur, tractatur *infra p. 2. diſp. 7. th. 9. lit. A.*

LIT. G.

Si pro fratre cohærede] Res non ſatis liquida eſt, an actio communi diuidundo, ſiue fam. erciſc. concurrat cum actione neg. geſt. ad explicationem & conciliationem *l. 40. h t. l. 3. C. eod. l. 18. C. fam. erciſc. l. hæredes §. non tantum D. eod.* qua de re etiam agitur *infra, diſp. 19 th. 14 lit.* F. Diſtinctio alias recepta eſt *ex d. l. 40. h. t.* an ſocius negotium pro parte gerere potuerit, an ſecus: quo caſu, cum ſuum magis negotium geſſerit, *comm. diuid. vel fam. erciſ.* agatur: ita tamen vt vbi res iam diuiſæ ſunt in ſubſidium actio vtilis negot. geſt. accommodetur: quo modo *l. 3. Cod. h tit.* accipiunt & explicant *Bl. Cyn. Salicet. & Sichard. contr. Bart.* qui cũ Glo. plane improbabiliter verbum, *eandem*, de actione nõ ſpecie, ſed genere eadem, id eſt, actione communi diuid. explicat. Recte addit *Salicet. ibid.* in ſecundo caſu *d. l. 3.* poſſe etiam agi ideo neg. geſt. quod cohæres non tantum obligationem pignoris indiuiduam, *l. quamdiu d. diſtract. pignor.* ſed etiam obli-

ligա-

ligationem principalem diuiduam, imo diuiſam, ſuſtulit & peremit: quæ fere eadem ſententia eſt *A. Fab. 11. coniect. 7. & Cuiac. 26 obſerv. 36.* Sed videamus an non hoc dici poſſit, hactenus concurrere actionem neg. geſt. cum actione V. C. fam. erciſc. vt quando & ad quod illa competat, etiam hæc competat, ſed non viceuerſa: adeoque ſi cohæres negotium geſſit indiui ſuum, fam. erciſc. neceſſario agendum erit: ſi vero geſſerit negotium diuiduum, vtraque poterit experiri. Neque enim dubitauerim, quin V. C. expenſæ, a ſocio factæ, iudicio fam. erciſc. ſiue res diuidua ſiue indiuidua, peti poſſit. Secundum quæ ita accipiendus erit ICtus *in l. 40. h. t.* vt neceſſariam com. diuid. actionem eſſe neget, non autem plane eam excludat, neque abnuat, quin ea inſtitura, ſocius quod in re communi in ea ſpecie præſtitit, conſequi queat. Magis obſtat *l. 9 §. 3. comm diuid.* ibi, *non alias: &c.* propter quem text amplius diſtinguendum, inter iudicium comm. diuid. plenum i. per ipſa ſimul diuiſione, & ſuper præſtationibus tantum perſonalibus: vt illud demum actione negot. geſt. concurrat non etiam hoc.

LIT. H.

Si quis ſumtus in communi lite.] Obijcitur huic ſententiæ quod paulo ante dictum, vbi negotium pro parte curari non ponit, agendum eſſe comm. diuid. *l. 20. h. t. l. 6. § 2. comm. diuid.* Neq. ie poſſit Tr. de eo caſu accipere, quo ſumtus pro parte fieri potuerunt: quia in citata *l. 13. § vlt. h. t.* tractatur de iudicio ſuper ſeruitute reali; quia indiuidua eſt. Diſtingui poſſit inter ipſam rem in iudicium deductam; & ſumtus in lite perſequenda factos, quorum præſtatio diuidua eſt: quomodo in ſpecie *l. 40. h. t.* licet ædes pro indiuiſo poſſideantur, tamen pro parte damni infecti caueri poteſt *l. 6. §. 7. comm. diuid* neq; quod defendere indiviſum quid eſt, propterea etiam ſumtuum præſtatio indiuidua haberi debet. Et res plane liquida erit, ſi ponas aquam quidem communem fuiſſe, ſed diſtinctis prædijs debitam. Cæterum Treut. Pacium ſequitur, qui hanc reddit rationem *ad d. l. 31. §. vlt. h. t.* quod in actionem com. diuid. non veniant ſeruitutes *l. 19. § 2. & §. vlt com. diuid.* vt adeo cum in communione ſeruitutis ſocij maneant, vtrique aliqua actione ei qui ſumtus fecit ſit ſuccurrendum. Attamen haud ſcio, an ead. ſtatuenda ſit ratio ſeruitutis ipſius & ſumtuum: neque verum videtur, quod actione comm. diuid. ſemper ad diuiſionem rei agatur *arg. d. l. 40. h. t. & l. 6. §. 2. comm. divid.* vbi propter expenſas factas ea actio datur, vt non tamen protinus de re dividenda tractetur. Et cum iudicium iſtud mixtum ſit, nihil abſurdi fuerit, aliquando ſuper præſtationibus perſonalibus tantum, ſalua manente communione, eam inſtitui. Quod autem diximus pro parte damni infecti caueri poſſe, ei non obſtat *l. 23. de damn. infect.* quia ſiquidem ſocius velit, ne vicinus omnino in poſſeſſionem veniat, neceſſe habebit in ſolidum cauere, cæteroquin pro parte recte cauebit, nec vltra tenebitur, ſi vicinum pro parte in poſſeſſionem mitti patiatur. Quod ſi enim ſocio non cauente inſolidum; inſolidum miſsio fieret iniuria ſocio fieret, & falſum eſſet quod *in d l. 7. commun diuid.* traditur, pro parte hoc ita agi poſſe vt negotium ſocij non agatur; & ſufficere debet vicino, ſi in locum non cauentis ſuccedat: & eſt hæc tertia eademque veriſsima Accurſij ſolutio *in l. 40. h. t.*

LIT. I.

Et eius generis alia.] Exemplum affert *ex l. 12 §. fin h. t.* cum qua recte ita poſt Accur. componitur *l. 25. depoſ.* vt hæc accipiatur de caſu filiæ ſcientis: quod ipſa L. verba perſpicue oſtendunt, quibus res puellæ oblatæ dicuntur, vt proinde illam præſentem fuiſſe oporteat: & fictione breuis manus ipſi puellæ & per hanc patri traditæ intelligantur.

THESIS IV.

LIT. A.

Quæritur negotiorum geſtor, qui pecuniam in ſuos vſus conuertit, in quas vſuras teneatur? Tr. ad componendos textus *in l. qui ſine 38. h. t. l. 10. §. 3. Mand.* ſequitur primam Accur. ſolutionem, qua inter neg. geſtorem & procuratorem diſtinguit: De hoc loquitur *d. l 10. § 3.* de illo *l. 38 h. t.* cuius explicationem vt obiter adijciamus. In negotiorum geſtore duplex debitum conſideratur alterum, adminiſtrationem ſeu geſtionem præcedens, velut, ſi ab amico, cuius poſtea negotia gerere cœpit, pecuniam accepit, vel ex alia cauſa eius debitor factus eſt: alterum, geſtionem ſubſequens, vt ſi geſtor ex ipſa geſtione ſumat nummos, & pecuniam domini, ſine eius conſenſu in vſus ſuos conuertat. Circa prius diſtinguitur, an a ſe debitor geſtor exi-

Digitized by Google

exigere debuerit, an non debuerit, V.C. quod debitum fuerit in diem: & hic nullas præſtat vſuras, quod nec dum à creditore potuerit conveniri: illic præſtat vſuras, verum minores, quibus alias dominus fœnerare ſolebat. *l. 6. inf. l. 29. §. 4. h. t.* Vbi pecuniam in ſuos vſus conuertit, omnimodo in vſuras, & quidem maximas tenetur, *h. l. 38.* quia vt eleganter ſubijcit ICtus, alia ratio eſt eius, qui nihil deliquit, ſed ante debitor fuit, alia eius qui cum mala ratione debitor eſſe incipiat, eo ipſo delinquere intelligitur, & adeo in vicem cuiuſdam pœnæ in grauiſſimas vſuras condemnatur: quæ oppoſitio manifeſte confutat & Rogerij, qui hic vſuras maximas, de magnis, interpretatus eſt, & Accur. ſententiam, qui ad negotia tutelaria hoc reſponſum reſtrinxit: diverſus ab hoc videtur procurator, qui vtpote mandatum habens, etiam dum pecunia ipſe vtitur, bona fide agere videtur. Attamen negari non poteſt, quin conuerſio hæc pecuniæ in vſus proprios, mandato non contineatur, & obſtat illi diſtinctioni ratio ICti in hac *l. 38. verſ. quoniam vbi, &c.* Ideoque *Ant. Fab. hic etiam d. l. 10. de procurat.* accipit de vſuris maximis: cui explicationi fauent verba, *legitimo modo*, quoniam per legitimas vſuras centeſimæ intelliguntur, vt probantur *infr. p. 2. diſp. 3.* quod ſcil. quæ eas excedunt omnino illegitimæ & illicitæ ſunt: quæ autem infra eas ſunt, incertam habent quantitatem, niſi ea conuentione partium definiatur, cuiuſmodi conuentio cum *in d. l. 10.* nulla eſſe poſſit, tanto facilius eam de vſuris legitimis, quarum modis lege vel conſuetudine regionis definitus eſt, accipiemus.

Lit. B.

Si caueri ſibi ſinat.] Ait, tum demum ei qui negotium geſtori mutuam pecuniam dedit, actionem neg. geſt. contra dominum dari, ſi caueri ſibi ſinat, rem domini in illo ſtatu eſſe &c. Vbi paulo pinguius loquitur, & diuerſas quæſtiones commiſcet, ſiquidem cautio interpoſita inter dantem & accipientem, non efficiet, vt tanto magis actio contra dominum competat, quæ nimirum ex mutatione in vtilitatẽ & contemplatione domini facta, & ita ex ſpecie quadam neg. geſtionis deſcendit. Cæterum illa alia quæſtio eſt, an non mutuator ille inſtituta actione negot. geſt. probare teneatur, quod conditio negotiorum ipſius domini hanc mutationem deſiderauerit: quæ ab hoc eſt aliena.

Illud in genere in dubium.] Hæc quæſtio ab hoc loco aliena eſt, de contractibus vel delictis vniuerſitatis. De illis agitur ex profeſſo *inf. diſp. 10. th. 5.* De his paucula attingemus. Quæſtio duplex eſt: an delinquat ciuitas ſiue vniuerſitas: & ſi deliquerit, quomodo puniatur. Delinquere dupliciter dici poteſt, ſi vniuerſitas aliquid communi impetu faciat, & ſi communi conſenſu aliquod delictum fieri mandet, & illic & hic delinquit vniuerſitas *l. metum 9. §. 3 quod met. cauſ.* ſi modo hic communicato conſilio & deliberatione præcedente fieri mandauerint, vt bene *Br. in l. aut facta 16. §. vlt. de pœn. & poſt eum Iaſ. in l. ciuitas 27 de reb. cred.* vbi plures allegat: Neq; obſtat *l. 15. §. 1. de dolo* quia verum eſt, rarius vniuerſitatem integram delinquere, ſed & hoc, vniuerſitatem non ita delinquere, ſicut certa aliqua perſona, quando quidem in ea continentur pupilli, fœminæ, furioſi, &c. neque contingere poteſt, vt omnium omnino voluntas æqualiter in delinquendo concurrat. Ideoque etiam, quæ altera quæſtio, diuerſa hic ratio puniendi eſt. Siquidem ciuiliter in quantum ad eam peruenit, procul dubio vniuerſitas recte conuenitur, quo pertinet *d. l. 9. § 3. quod met. cauſ.* Criminaliter autem in vniuerſitatem vix niſi diſſolutione communitatis, priuatione priuilegiorum, multa, aut caſtigatione quorundam ex multitudine animaduerti poſſe videtur, de quo *v. Br. in d. l. 19. §. vlt. de pœnis.* vbi hanc quæſtionem plena manu & diſtincte tractat, quibus adde *Zaſ. & alios Dd. in l. ciuitas 27. de reb. cred.*

Qui ipſe Syndicus.] Intellige vbi lis per eum conteſtata eſt: ceteroquin libere poterit reuocari.

THESIS V.

Lit. A.

Contraria ſiue vtilis.] Hic quidem incuria autoris nec diſſimulari nec excuſari poteſt: dum propoſita actione directa & contraria quæ iuxta *th. ſeq.* negotiorum geſtori datur, hanc ipſam contrariam, cum vtili, quæ ipſi quoque cuius negotia geſta ſunt, accommodatur, male confundit. Nimirum conſtat actionem directam dupliciter dici: vno modo quatenus opponitur vtili, quo ſenſu directa eſt, quæ V. C. ex ipſis verbis legis, vtilis, quæ ex æquitate & interpretatione datur; altero modo, quatenus opponitur contrariæ, in ijs contractibus qui ab initio non vtrinq; obligationem producunt; vnde contraria mandati, pignoratitia, tutelæ, depoſiti, commodati: quę actiones cõtrarię iuxta priorẽ acceptionẽ & ipſæ directę ſunt. Et cũ Textus, hęc inferat ad explicationẽ, *l. 47. §. 1. h. t.* liquidiſſimũ eſt,

quod

quod ibi de ea præcipue actione, quæ domino datur, tractetur: & quod ICtus ibi ait, nihil intereſſe directa an vtili actione quis experiatur, abſurdiſſime ita acceperis, nihil intereſſe, an directa an contraria in iudicium deducatur.

Quod per ſe eſſent obuia.] Ex hac ratione concludit Tr. quod iam tempore Pauli impetratio formularum ex parte ceſſauerit. Atqui I. Formularum impetratio in parte ceſſaſſe, & ex parte in vſu fuiſſe non potuit. II. Longe ante Paulum eadē ratio fuit edicti, quæ tēpore Pauli. III. Non propter ignorantiam formulæ, ſed impetrandi iudicis & actionis gratia prætor adeundus erat. IV. Licet ſingularum actionum cōmunes formulæ erant, tamen in indiuiduo variabant, propter exceptiones vel replicationes, quæ formulæ addebantur. Cæterum quod impetratio formularum iam tempore Pauli ceſſauerit, non probatur *ex l. 47. h. t.* Quin imo cum illa de extraordinarijs loquatur, colligere liceat, in ordinarijs nihil fuiſſe mutatum.

In extraordinarijs, id eſt, prætorijs.] Si hæc explicatio recta eſt, ſequetur, quod ſuper actione negotior. geſt. iam tempore Pauli ipſe prætor fuerit cognoſcere ſolitus: quod cum faciebat, extra ordinem ius reddi dicebatur, quia ordinarium erat, vt cum formula partes ad iudicem pedaneum mitteretur: ſicut eo reſpectu iudicia omnia extraordinaria dicūtur a Iuſtin. *in §. vlt. Inſt. de interdict.* quod priſco impetrandi formulas & iudices dandi more ſublato, ipſi magiſtratus iudicabant. At vero tempore Pauli ſuper actione neg. geſt. iudicem datū fuiſſe *ex l. 3. in pr.* & alijs paſſim ſub *h. t.* textibus perſpicuum eſt. Vt proinde ad explicationem *d. l. 47. h. t.* & ad eam vindicandam ab *Ant. Fab.* coniectura qui *4. coniect. 7* a Triboniano §. 1. corruptum exiſtimat, tentandum videatur, ſpeciale aliquid habere hanc negotiorum geſt. actionem, quæ nō ex certa conuentione vel cōtractu naſcatur, ſed à prætore varijs caſibus, quibus æquitas alicui ſuccurri ſuadet, quaſi in ſubſidium accommodetur: vbi fortaſſis nulla huius actiōis certa, aut vtiq; generalis & rudis, eademq; perpetuo vna formula fuerit, ſiue quis directo ſiue vtiliter eam intentaret: in alijs vero ordinarijs actionibus, aliam directæ aliā vtili actioni formulam præſcriptam fuiſſe veroſimile eſt. Et quod ita ſubſidiaria quaſi hæc actio fuerit, probatur *ex l. 13 inf. commod l. 19 §. 2. l. 27. l. 32. & l. vlt. h. t.* Fortaſſis etiam in actionibus à prætore introductis, non ea obſeruata fuit ſolemnitas & ſcrupuloſitas, quam quidem ICtis in oratione pro Murena Cicero imputare videtur.

Eundem habet effectum.] Quod de effectu vtriuſq; actionis directæ & vtilis proponitur *in dict. l. 47* in hanc ſententiam explicat Tr. quod iudex potuerit ex æquo & bono iudicare. Quod procul dubio alienum eſt à mente ICti, qui hoc tantum, vtraque actore idem conſequi, ſignificat: neque vero dici poteſt, quod in actionibus directis etiam ex æquo & bono iudicare poſſit index, præter quā in bonæ fidei iudicijs, quæ cum ordinaria ſint, vel ideo nō recte quaſi ad extraordinaria Tr. iſtud reſtringere videtur.

LIT. C. & D.

Vulgata quidem, ſed non expedita hic mouetur quæſtio an negoſt. geſtor. præſtet leuiſſimam culpam. Negans ſententia magis recepta eſt, quam ſequitur Tr. pro qua non valde mouet exemplum tutoris: quia hic neceſſarium gerit munus: non etiam quod alias nemo facile vlterius negotia eſſet curaturus: quia idem & fortius obijcias mandato, in quo leuiſſimam præſtari culpam receptum eſt, &, vt eſt *in l. 21. C. mandati,* aliena negotia exacto gerūtur officio, nec quidquam hic neglectum culpa vacuū eſt, & intereſt, ne quiuis temere & facile alienis ſe immiſceat negotijs: Facit, quod negotiorum geſtor alios quaſi præuertere videtur, qui forte ipſo diligētiores negotia curanda ſuſcepiſſent: vt adeo qui negotia ſuſcepit, ad diligentiā talē, qualis à quocunq; præſtari potuiſſet, ſeſe obſtringere videatur. Idque nimirum eſt quod ait *Inſt. in § 1. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contr.* quod nō ſufficiat talem hic diligentiam adhibere, qualē quis rebus ſuis adhibere ſolet, ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia. Fallitur enim hic Tr. qui illa verba *ſi modo alius, &c.* pro limitatione accipit. poſt *Sal. & Cyn in l. tut. 20. C. h. t* quia imo ea exactiſſimæ diligentiæ, cui leuiſſima culpa opponitur, definitio quædam ſiue deſcriptio eſt; quod apparet ex collatione §. 1. *l. quib. mod. recent. obl. & l. 1. §. 4. de O & A* vbi iiſdem plane & totidem verbis, quod *in d. l. §. 1. l. de obl. quæ quaſi ex contr.* de neg. geſtione traditur, de commodato proponitur, in quo leuiſſimam culpam venire conſtat. Et, vt ad cōfirmationem huius rei plenius hoc explicetur, de diligentia & culpa diſputari poteſt in abſt. acto & in concreto: itaq; poſſit aliquando in hypotheſi ne quidē culpa eſſe ſi homo natura negligens proponatur, quod in homine induſtrio & diligenti parum abſit à dolo. Et nimirum

Digitized by Google

mirum priori conſideratione ſumma diligentia eſt, qua diligentiſſimus paterfam vtitur: diligentia media, qua vulgo quiuis paterfa. vtitur: ſed poſteriori cōſideratione, ſiquidem ipſe debitor diligentiſſimus eſt: ea cura quam adhibet reb ſuis, ead eſt cum diligentia ſumma: ſin vulgari modo diligens eſt, quam rebus ſuis adhibet, media diligentia dicitur: quod non ita eleganter probatur *ex § item m u 2. quibus mod recont.* vbi traditur, in commodato, quod ſummā exigit diligentiam requiri curam maiorem, quam quis adhibet rebus ſuis, ſi vid. alius rem curare potuiſſet diligentius. & ita cōmodatarius vulgari modo diligens ſit: ex eo enim efficitur, ſi ipſe ſit ſumme diligens, ſufficere eam curā, quā præſtat rebus ſuis. Ex quibus manifeſtū ſit, verba *d. §. 1. ſi modo alius, &c.* non continere limitationem ad illud quod de exactiſſima diligentia dictū erat, ſed ad proxime præcedens quod maiorem teneatur præſtare diligentiam quam rebus ſuis: quia hoc fallit, vbi ipſe geſtor diligentiſſimus eſt, quo caſu vt paulo ante dictum, diligentia quæ rebus proprijs adhibetur, eadē eſt cum diligentia ſumma. Fortiſſime igitur *ex d. §. 1.* probatur, quod in neg. geſt actionem etiā veniat leuiſſima culpa. Accedit textus non minus perſpicuus *in l. hered. 25. § non tantū ff fam. erciſc.* quo plus quam culpā (quo verbo leuem culpā continere vulgatum eſt) præſtari probatur: ait enim ibi ICtus cohæredem teneri ob culpam, nō autem ad diligentiam qualem præſtat diligens paterfam. quia ſimul propter partem communē cauſam habuerit gerēdi, & ideo non eſſe actionem neg. geſt. Quæ ratio ICti ſi bona eſt, neceſſario ſequetur, quod negotiorum geſtor, vt qui non habuit cauſam gerendi propter partem cōmunem, præſtat non tantum culpam, ſed etiam diligentiā, quo modo loquendi paſſim à ICtis ſumma diligentia ſignificatur. Neque mouet regula *l. 5. §. 2. comm* quod illa multas in mandato, tutela &c. patiatur exceptiones, accedente etiam hoc, quod negotiorum geſtor vltro ſeſe offerre videtur & ex oblatiōe etiā in alijs caſib⁹ arctius quis obſtringitur *ar. l. 1. § ſæpe 35 depoſiti.*

Vno depoſito excepto] Occurrit hic nodus explicatu difficilis. Nimirum vulgatiſſimum eſt, quod venditor, locator, ſocius &c ad eam tantū diligentiam, quam ſuis rebus præſtant adſtringantur. cui conſequens eſt, vt tum actione emti locati, pro ſocio, teneantur, ſi minorem rebus illis quam ſuis diligentiam adhibuerint, quæ communiſſime leuis culpa perhibetur. Et tamē ICtus *in l. quod Nerua 32. depoſiti*, eum qui minus curat res alienas quam ſuas, fraude non carere pronuntiat Fr hoc ita expedit, vt ſpeciale in depoſito eſſe dicat, id eſt, vt in alijs quidem cōtractibus & cauſis leuis culpa ſit minorem alienis quam ſuis rebus adhibuiſſe diligentiam, in depoſito autem ſit fraus & lata culpa. Verū hæc coniectura confutatur hac ratione, quod ita cōtra manifeſtos textus ſequeretur, eādem reipſa & effectu a depoſitario diligentiam & curā eſſe præſtandam, quæ à venditore, cōductore & ſocio exigitur, adeoque hac in re depoſitum non differre ab alijs contractibus: quoniam qui ſalua fide minorē rebus alienis quam ſuis diligētiam præſtare non poteſt. *d. l. 32 depoſ.* eodem quo res ſuas modo alienas curare obſtringitur: atque ita differentia illa depoſiti à reliquis cōtractibus tot locis tradita nominalis & reipſa inanis erit. Vix habeo, quod huic rei expediendæ in medium afferre poſſim, interim, quia hoc alterius loci eſt, hæc occurrunt, quæ an aliquid hic iuuent cogitandum alijs & diiudicandum propono. I. Quod de ead. diligentia in alienis rebus præſtanda vulgo traditur, intelligendum eſſe, conſiderata illa diligētia nō tantum in cōcreto, ſed etiam, & fortaſſe magis in abſtracto, id eſt, vt talis adhibeatur diligentia, qualis vulgo & regulariter à quouis rebus ſuis adhiberi ſolet. Ideoq; ſi ponas hominem natura ſua negligentem & ſocordem, rem V C. vendidiſſe, eum ſi eod. modo rem venditam, quo res proprias, tractet, & negligat, exeuſatū eſſe negabo. Quod ſecus eſt in depoſito, vbi ſimpliciter excuſatus eſt qui æqualiter res depoſitas & proprias negligit, vt hic diligentia conſideretur omnino in cōcreto: idq; eſt quod in iure noſtro traditur, imputandum eſſe ei, qui negligenti amico rem cuſtodiendam commiſit. Iuuat hanc coniecturam *d l 32.* vbi diligētia & cura ad ſuum modū, quæ ſcilicet ſimpliciter in depoſito ſufficit, opponitur diligentiæ ad eum modum, quē natura hominum, vid. conſueta & vulgata deſiderat.

Secundo, quod diligentia ſignificet aliquid poſitiuum, eoq; cum dicitur, eādem requiri diligentiam in rebus alienis, non propterea cum in leui tantū culpa eſſe, qui minus curat res ſuas quam alienas ſed etiam aliquando, qui pariter negligit res ſuas & alienas: etenim rei ſuæ, etiā vsq; ad abuſū, quiuis moderator & arbiter eſt, res autem alienæ non negligendæ, ſed curādæ, & cuſtodiendæ ſunt. Tertio, intereſſe videtur, an quis ſimul tractet ſua & aliena, an ſeorſim & ſepara-

Digitized by Google

ſeparatim: & nimirum nõ ead. homines ſemper vtuntur diligentia. Qui aliquando non adeo diligenter res alienas curat, cum frequenter eod. modo tractet res ſuas, leuem culpam committere recte dicetur, cum ſaltem diuerſi temporis reſpectu minus curat res alienas quam ſuas: atquin qui eod tempore dum res ſuas bene curat negligit res alienas, vix eſt vt a fraude vel lata culpa poſſit excuſari, iuxta *l. 32. depoſiti.* Atque hæc quaſi ἐν παρέργῳ. De gradibus ſiue ſpeciebus culpæ ſiue diligentiæ, earumque deſcriptionibus infr. Treutl. loco commodiori tractabitur.

LIT. E.

Regula hic propoſita, quod qui deſerta negotia gerit, de dolo & lata culpa tantum teneatur, recipienda non videtur: vel quia qualitas negotiorum, non variat ſpeciem negor. geſtoris, neque facit, quominus quis dicatur aliena negotia ſine mandato ſuſcepiſſe: vel quia non vno modo negotia poſſunt dici deſerta: quia regulariter negotia quæ quis ſine vllo mandato vllaque neceſſitate vrgente ſuſcipit, & quæ vtique ab alio non adminiſtrantur, quodam modo deſerta eſſe videntur: quo pertinet, quod ipſe Treut. ait lit. D. intereſſe humanæ ſocietatis, vt abſentium negotia curentur, quod quidem non niſi ad neglecta ab alijs pertinere poteſt. Et cum ſupra probatum ſit geſtorem leuiſſimam præſtare culpam, ſatis fuerit, ſi hoc remiſſio, oblatam & leuem culpam eum teneri ſtatuamus. Poteſt autem Tr. ſententia eo caſu admitti, vbi ita deſerta ſunt negotia, vt niſi eorum cura ſuſcipiatur, cum damno & detrimento domini videantur peritura: quod probatur *arg. l. 3. § 9 h. t.* reliqui omnes textus, quorũ multos adducit Tr. ne quidem per obliquum vllo modo hoc probant, ſed hoc, quod lata culpa dolo comparetur.

LIT. F.

Poteſt pactum fieri de caſu fortuito.] Intelligit hoc de negot. geſtoribus neceſſarijs, vel de eo caſu vbi poſt neg. geſta dominus cum geſtore tractans, de caſibus fortuitis, in præteritum vel circa ea, quæ forte adhuc penes geſtorẽ extant præſtandis paciſcitur: de cuiuſmodi caſu agitur etiam *in l. 10. in pr. h. t.* ibi, *niſi ſpecialiter id actum eſt*: quam clauſulam male Ant. Fab ibid ait eſſe Triboniani ex hac ratione: quod cum negotia abſentium & ignorantium gerantur, non niſi inepte fingi poſſit ſpecialis conuentio. Verum enim vero non agitur ibi de illis, quæ in ſuſceptione aut ipſa geſtione negotiorum acciderũt, ſed quæ poſt geſtionem: cum reuerſo V. C. domino & de geſtione certiori facto, de ratihabitione diſputatur, Plane ſi dominus cum geſtore de gerendo in futurum & caſibus fortuitis paciſcatur, quoad ſequentia quæ geruntur, iam non quaſi contractus, ſed verus mandati cõtractus ob conſenſum domini interuenientem, ex ratione iuris habendus erit.

THESIS VI.

LIT. A.

Et ſi inutiliter geſſerit.] Probatur hoc non ex allegata *l. 9. h. t.* de cuius explicatione mox agemus, ſed *ex l. 10. in pr. h. t.* quod pr. optime cohæret cum quæſtione & tractatione *l. prec.* in qua probatur geſtorem, ſi quid minus recte geſſerit, approbatione & ratihabitione ſequuta, eo nomine directa actione cõueniri nõ poſſe. Ex quo dubitabatur, an ipſi geſtori danda eſſet contraria. Ratio dubitãdi erat, tum quod iniquũ eſſet, dominum qui ex ſua parte culpã remiſiſſet, eo nomine conueniri ob ſumptus, quos geſtor faciendo commiſerat culpam: tum ex natura relatorum, quod ex mutuis actionibus vna extincta, altera quoq; perempta videri debeat. Verũ ratio decidendi in contrarium eadem eſt, quæ *in l. 50. de pact.* Nimirum ab initio quidem æquũ eſt, vno liberato, alterum quoq; liberari: Cæterum contractu perfecto & impleto, nihil vetat, vnum remittere ius ſuum, vt alteri tamen actio remaneat ſalua: quæ ſc. ſentẽtia eſt *Vlpiani in pr. d. l. 10. vltro competere, &c.* id eſt, vtcunq; domin⁹ ob ratihabitionẽ ſuam directa agere nõ poſſit, ſaluam tamen eſſe geſtori contrariam: & verbo illo, *vltro* eo reſpexiſſe videtur Vlp. quod vulgo dicitur, vltro citroq; actio competere. Ex quib⁹ apparet egregie lapſum eſſe *A Fab. qui pr. d. l.* 10. refert & cõtinuat cum *l. 8 §. vlt h. t* cum eo videlicet caſu, quo quis ſocij vnius altero prohibẽte geſſit negotiũ, & hoc quæri tradit: An vbi directa nõ agitur, locus ſit tamen cõtrariæ actioni? Quæ quæſtio, cum per ſe non magnam dubitãdi rationem, cum plane nullã habet, ſi *add §. vlt. l. 8.* accommodetur: cum ibi dicatur Negotiorũ geſtorem habere actionem contra eum, qui nõ prohibuit: quæ vtiq; non poteſt alia eſſe quam contraria. Et nullius momenti eſt ratio dubitãdi, qua vtitur Faber, illa vero valde ſuauis, ꝙ hæc quoque lex ſit *ex lib. 10. Vlpian. ad edict* quaſi ille toto eo libro tantum vnam hanc eamque ſatis ieiunam tractauerit quæſtionem. Quin & ita vix à ſtultitia excuſantur compilatores, qui tractationem illam *l. 8. §. vlt.* interie-

& à importune planè *l. 9.* interruperint. Porro, vt & hoc addamus, inutiliter res geri dupliciter dicitur: vno modo abſolutè, reſpectu cuiuſvis domini, cum quis videlicet male negotia gerit, vt in caſu *l. 9 h. t.* altero modo reſpectu huius vel illius domini: quæ ſpecies proponitur *in l. 10. §. 1. verſ. ſed vt Celſus h. tit.* vbi quis inſulam fulſit, quam dominus ſibi neceſſariam non putauit, vel tanquam impar ſumptui dereliquit: nam & hoc caſu contraria negotiorum geſt. actio non datur: eamque exceptionem tradiderat Proculus ad regulam Labeonis *in d. l. 10 §. 1* quod ſufficiat vtiliter negotium geſtum eſſe, licet res effectum nō habuerit. Sed eam Proculi exceptionem ex ſententia Vlpiani Celſus eleganter deriſit, quod nempe non poſſit hoc caſu negotium dici vtiliter geſtum. Et fortaſſis tamen reprehenſio iſta Proculi, ſi dicere licet, cauillatio eſt, quod Proculus vtilitatem non ex accidenti, & ex conditione pauperis domini, ſed ex ipſa rei veritate æſtimauit: nimirum qui inſulam fulcit, facit rē meliorem eamque conſeruat, licet, vt dictum, ex accidēti domino hoc non expediat.

In qua omnia ſunt Pomponii &c.] Proponitur hic explicatio *l. 9 h. tit.* in qua ſequitur Ant. Fabrum contra Dd. & *Gl.* qui ſtatim poſt *prin. in verſ. videndum ergo.* Pomponium reprehendi exiſtimant. Mihi parum intereſt, vtram ſententiam ſequaris, quin explicationem vulgatā magis probabilem eſſe videtur: quoniam *in d. verſ. videndum*, mutatio modi loquendi, & ſeqq non amplius Pomponij verba proponi, ſed ea in dubium vocari, non obſcure oſtendunt. Et cum reprehenſio *in verſ. Imo puto* tantum pertineat ad id, quod de ratihabitione initio L. propoſitum fuerat, nihil neceſſum fuiſſet, plura & integrū verſ. ad rem iſtam nihil facientem ex Pomponio proponere. Et omnino exiſtimo, quod ex Pomponio initio proponitur, *non teneri negotiorum geſtorem* id eſt, vt Scæuola quidem explicet, actionem negot. geſt. tolli, dupliciter a Scæuola reprehendi. I. Quod inde ſequeretur, nuda ratihabitione tolli negor. geſt. actionem: ſiquidē Pomponius, quin actio nata eſſet, dubitare non videbatur. Scæuola autem admiſſa illa poteſtate ratihabitionis non dicendum putat, quod nata ſit actio, ſed quod ſit in ſuſpenſo & pendenti, vſque dum cōſtet, dominum quod geſtum erat, approbaturum vel improbaturum. Ab hinc, vt occaſionem haberet proponendæ alterius reprehenſionis, *in verſ. Sed ſuperius.* proponit Pomponij declarationem ad regulam in initio traditā, *ſi dolus abſuerit*: quod videlicet ratihabitione ſequuta non cenſeatur remiſſus dolus, adeoque illa non obſtante competere neg. geſt. actionē: quod Scæuola *in verſ. imo puto* ita reprehendit, vt licet dolus nō interueniat, nihilominus poſt ratihabitionem actionem negot. g. ſt. ſupereſſe dicat. Quam re ita procedit Scæuola vt primo notet Pomponium, quod non recte acceperit regulam, qua vulgo, poſt ratihabitionem neg. geſtorem non teneri dicebatur: cuius non hic eſſet ſenſus, quod actio tollatur, ſed quod ſemel probatum amplius improbari non poſſit, non magis ac id, quod reuera vtiliter geſtum vel intentata actione a iudice pro vtili et geſto habitum & approbatum fuiſſet. Hac Scæv. *in verſ. ſed eo dictum*, quem male Accurſ. & alij notante hoc Caſtrenſ. Pomponij eſſe volunt. II Vt ſententiam Pomponij, qua poſt ratihabitionem neg. geſtorem teneri negauerat, confutet ab abſurdo, quod ita ſequeretur, ſi negotiorum geſtor, quid exegerit à meo debitore, & ego hoc ratum habuerim, neg. geſt. agere me non poſſe. Sed videamus, ne non ſatis bona fide cum Pomponio egerit Scæuola quod iam olim obſeruauit *Caſtren. in hac l. 9.* vbi dicit argui q; idem poſſe contra Pomponium, ſed eſſe quandam ſuperſtitionem. Et quod ad reprehenſionem priorem attinet *in verſ. videndum*, qui dicit, negot. geſtorem non teneri, non protinus actionem tolli affirmat, ſed effectum rei reſpicit, quod dominus poſt approbatum negotium, geſtorem prætextu rei malæ geſtæ exigere & iudicatum facere nequeat. Altera reprehenſio paulo inſubtilior videtur: nam quod ad explicationem regulæ attinet *in verſ. ſed eo dictum*, conſequens prioribus eſt, nec à Pomponio eam aliter acceptam: quod affirmare liceret audentius, ſi integra nobis ſcripta ſupereſſent. In argumento ad abſurdum ſi fas dicere, ſententiam Pomponij calumniatus videri poſſit Scæuola: vel quia Pomponius nunquam exiſtimauit, vnius capitis approbatione actionem neg. geſt. quæ generalis eſt, tolli; vel quia verba, *negotiorum geſtorem non teneri* procul dubio ita intellexit, quod geſtor nomine negotij male geſti rationem reddere non teneatur: cæterum quominus ſi quid ex rebus aut pecunijs domini penes neg. geſtorem eſſet, à domino repeti poſſit, nec dubitaſſe quidem Pomponium veriſimile eſt, neque ille conſultus deſuper aliter reſpondiſſet, vt veriſſime notauit *Caſtrenſ. hic nu. 3.* quo modo venditorem, conductorem, ſocium, ſi nihil dolo aut culpa fecerint.

Digitized by Google

fecerint, teneri negamus, qui tamen ad reſtituendas res quæ penes ipſos ſunt, dubio procul obligantur. Et tanto iniquior in Pomponiū videtur fuiſſe Scæuola, quod illius ſententiæ, hoc quoque fore conſequens ſcribit, vt nec ipſi negot geſtori, ſi quid impenderit, actio competere liceat: cum tamen perſpicue ſatis propoſitio Pomponij pertineat ad actionem directam, qua etiam ceſſante, contraria agi poſſe paulo ante probatum eſt. Hæc vera videtur explicatio *d l. 9. h. tit.* quam difficilem aut obſcuram fatentur Dd. fatetur etiam *Ant. Faber. 4. coniect. 11.* vbi tamen eum locum recte à ſe primum explicatum & perſpicuum redditum falſo gloriatur.

LIT. B.

Siue ab initio.) Propoſitioni huic actionē hanc competere, ſiue ab initio alicuius fuerint negotia, ſiue ex poſt facto eius effecta ſint, non ſatis recte applicatur hæc quæſtio, an ratihabitio pariat actionem neg. geſt. neque enim tantum per ratihabitionem negotia mea effici dicuntur: ſicut & non recte dicitur, quod ratihabitio pariat negotiorum geſtorem: quia imo ille oritur ex ipſa geſtione, vt recte contra opinionem Gl licet in caſu non omnino ſimili diſputant & probant *Dd. Salic Bl. Br. Caſtr inf l. C. h t. vbi Cyn,* effectum huius quæſtionis oſtendit, ratione ſortiendi fori, quod ſi ex ratihabitione oriretur actio, in loco vbi ex interpoſita, eſſet quis conueniendus.

Ipſa vero quæſtio, (quæ ita formanda eſt) an ratihabitione ſuperueniente naſcatur actio mādati, an ſit negotiorum geſtorum actio expeditu non vſque adeo facilis eſt. Et Treut quidem diſtinguit: an negotium non meum, an vero negotium meum mea contemplatione fuerit geſtum: vt hic quidem poſt ratihabitionem mandati illic negot geſt actio ſit. Verum vtriq; membro eſt quod opponatur: poſteriori quidē, quod paſſim ſub *h t.* etiam poſt ratihabitionem proponitur actio neg. geſt. & tamen regulariter negotia mea, contemplatione mea geri intelliguntur: tex. in terminis *in l. 9 C h tit. 9 inf D. eod.* Priori autem, quod ſi ex ſententia Tr. ratihabitio inducit & operatur mandatum, vbi negotia mea geſta ſunt, poterit etiam inducere, vbi negotia aliena mea contemplatione geſta ſunt mandati teneat, quam quod ratihabitio mandatum inducit. Etſi igitur initio aliena gratia mandando, mandati obligor, etiam poſtea quod aliena gratia meo nomine geſtum eſt, ratū habendo obligari mandati potero. Accurſus varias ſolutiones proponit, quarum duæ improbabiles: tertia æquiparari ait quoad effectum non quoad ſpeciem actionis: cui obſtat *l. ſemper ro t. reg. iur.* Quarta diſtinguit an ratihabitio fiat a præſente an abſente, vel vt rectius *Bl. in l. 9. C. h. tit.* an ratihabitio concurrat quodammodo cum ipſo actu, an ſecus: vt illo demum caſu actio ſit mandati, quippe quod hic voluntate domini negotium geſtum, dici poteſt: nam vt recte *Bl indicl. l. 9.* quando voluntas domini eſt cauſa geſtionis, naſcitur actio mandati, quando vero geſtio eſt cauſa voluntatis oritur actio neg geſt Facit. quod alias vbi negotium abſentis & ignorantis ceptum & perfectum eſt, ratihabitio ſequuta, actionem neg. geſt. iam natam, transmutare non poteſt, & eo etiam pertinere videtur quod negotiorū geſtor nomine malæ adminiſtrationis non teneatur; maxime ſi ex ſententia Tr. hanc differentiam inter mandatarium & negotiorum geſtorē admittas, quod ille etiam de leuiſſima: hic tātum de leui culpa teneatur; quod abſurdum ſit dominum ratihabitione ſua efficere poſſe, vt præſtatio neg. geſtoris augeatur; eoque videri poſſit, ratihabitionem efficere, vt ipſe quidem dominus contraria, non autem propterea neg. geſtor directa mādati teneatur, vbi etiam animus & opinio gerentis in conſiderationem venire poſſit, vt ſi hic tanquam ſcientis, vel opinione cuiuſdam mandati negotia geſſit, facilius ratihabitio mandatum operari poſſit Vide etiam diſtinguentem hic *Salcet. in l. 9 C. h. t.* Cæterum, quod non videtur obſeruaſſe Treut diſtinguendum etiam inter negotium alienum, & negotium non meum, quod poſterius latius patet, vt in caſu *l. 6. §. 5 h t.* (ſi quis falſum debitorem tāquam meum debitorem exigat) & quod eod. pertinet inter negotium mea contemplatione geſtum quia putabatur eſſe meum, qui caſus eſt *in d l. 6 §. 11.* & inter negotium vere alienum & pro alieno contemplatione tamen mea geſtum vt in caſu *d l 6 §. 6.* qui §. ad Tr. ſententiam nihil facit, quia quod ibi ratihabitione nihil agi dicitur, eo haud dubie pertinet, vt ne quidem actio neg geſt naſci intelligatur. Vide hac de re, an poſſim ratum habere non meo nomine geſtum, *Bart. & alios Dd. in l mater tua. 3. C. de rei vind.*

LIT. C.

Quid ſi in re communi) Ad explicationem huius quæſtionis, an communi negotio geſto, qui non prohibuit, actione neg. geſt. teneatur, male ad-

Digitized by Google

le adducit Pacium, qui citato loco nihil, quod ad veram eius rei explicationem faciat, proponit, ſed tantum contra illud, quod *in l. 9. § vlt. h. t* dicitur, iniquum eſſe, vt vnius facto alius liberetur, non magni momenti obiectionem remouet. Nimirum *in d. § vlt.* Iulianus in vtramque partem diſputat ſiquidem actio detur, iam per cõſequentiam etiam teneri qui prohibuit, quia ſocius eius quod præſtat, actione pro ſocio vel communi diuidundo, partem imputat ſocio: ſi vero non detur, hoc abſurdum & iniquũ ſequi, vt facto ſocij cum iniuria geſtoris liberetur ſocius qui non prohibuit, quique adeo alias ex ratione iuris recte conuenitur. Et ſecundum hoc reſpondet Iulianus, ſupereſſe contra eum actionem, ita tamen vt qui prohibuit, ex nulla parte, neque per ſocium, neque per ipſum ſcilicet geſtorem, aliquid ſentiat damni. Sed illud hic deſideratur, quod nõ remouet Iulianus prius illud incommodum, neque explicat, quomodo citra præiudicium ſocij qui prohibuit, ſocius qui non prohibuit, conueniatur. Bene hic ſubuenit Accurſ. & explicatius *Caſtrẽ in d. l. 8. § vlt. h. t.* quod neg. geſtori contra eum qui non prohibuit, detur actio non in ſolidum, ſed tantum pro parte, vt ita prohibitio quaſi ſolutionis inſtar obtineat. Atque hoc modo contra prohibentem nec geſtori dabitur actio, nec ſocio, quippe quod, cum partem tantum præſtiterit, ſocio quod imputat non habet.

THESIS VII.

LIT. B.

Qui negotium facit in iudicio.] Aut anguſtior eſt hæc definitio, aut verba, *in iudicio*, laborant homonymia, præſertim quoad pœnam iſtam calumniæ, quã actione in factũ perſequimur. Etenim præterquã, quod actio illa non tantũ cõtra eũ, qui poſt iudicium demũ calumniatus eſt, datur, ſed qui calumnioſe ab initio actionẽ mouit: etiã ille ead. actione tenetur, qui, ne calumniam negotiũ faceſſeret, pecuniam accepit, atque ita nunquã ad iudicẽ venit *l. 7. in pr. h. t.* In eo quoq; mancus hic eſt Tr. quod tantum meminit iudicij ciuilis & publici criminalis, omiſſis iudicijs criminalibus priuatis extraordinarijs, in quibus ſane commiſſam calumniam impunitam eſſe non oportet.

LIT. C.

Vt vi bonorum raptorum.] Comparatio quidem in eo tantum, verbis proponitur, quod vtraque intra annum in quadruplum, poſt annum in ſimplum datur. Verum conſequi videtur hanc comparationem, alia, quod vtraque non ſit pura pœnalis, ſed mixta, in qua inſit rei perſecutio: Quæ communis ſententia eſt, probata etiam *Hotto. illuſt. q 29.* per textum expreſſum *in l. 5. § 1. de calumniat.* vbi ſc. quod dicitur, alterutram actionem ſufficere, ita communiter explicatur, vt ſi prius actum ſit rei perſecutoria, tantum ſuperſit actio pœnalis in triplum: acceſſatio autem inde efficitur, in actionem quadrupli conſumi condictionem. Verum *Ant. Fab. in d. l. 5.* actionem iſtam in factum pure pœnalem eſſe contendit: tum per §. *quadrupli 25. Inſt. de action.* vbi actio furti cum hac actione coniungitur, & vtraque quadrupli eſſe dicitur. tum præcipue *per l. 7. inf. pr. & § 1. inf. h. t.* vbi & condictio & actio in quadruplum datur: eaque de cauſa *Ant. Fab. d. l. 5. §. 1.* Tribon. corruptam eſſe contendit: Verũ præterquã quod hæc remedia nimis ſunt violenta, minus etiã probabile eſt, Tribonianũ adeo ſocordem & ſui immemorem fuiſſe, vt quod *in l 5.* negauerat mox vna tantum interiecta lege affirmari pateretur. Et ſane pro ſententia communi argumentũ hoc ſuppeditare videtur Accurſ. quod prætor poſt annum dat actionem in ſimplum, id eſt ad rei perſecutionem: ſimplum autem ratione quadrupli dicitur, adeoque ſimplum illud quod perſequimur poſt annum, quadruplo quod intra annum perſequimur, ineſſe videatur. Idque firmatur, exemplo aliarum actionum quæ in quadruplum introductæ dicũtur, ita vt poſt annum ſint in ſimplum: quæ ſcilicet pœnales ſunt non puræ ſed mixtæ, veluti actio quod metus cauſa *d. §. 25. I. de act. l. 14. in pr. & § 9 quod metus cauſa* actio vi bonorum raptorum *Inſt. in pr. de vi bo.* Neque obſtat *d. §. 25. I. de action.* quia ille non ad diuiſionem actionum in puras & mixtas, ſed quod aliæ in ſimplũ vel duplũ &c. ſint pertinet, eoq; etiã tantũ comparatio actionis in factum & actionis furti referẽda eſt: facit quod *in eod §.* proponitur etiam actio quod metus cauſa, quam mixtam pœnalem eſſe conſtat. *Ad l 7. h t.* prima reſponſio Accurſij diuinat: altera rectior eſt, quod ſpeciale ſit in duabus perſonis, velut in caſu, vbi quis pecuniã dedit, ne alteri negotium fieret per calumniam, hic enim neque ei qui dedit condictio, neque ei qui calumniam pati debuit, actio in factum, denegari poteſt adeoque hæc erit exceptio *ad d. l. 5. § 1.* & hic condictio cum actione pœnali ita concurret, vt vna alteram non conſumat. Tentari etiam poſſit, quod *in d. l 7. de calumniat*, dicitur, *poſt conductione in quadruplum agi* non tam ad exactio-

Digitized by Google

exactionem quadrupli pertinere, quam nomen actionis deſignari, quæ ſc. in quadruplum à prætore introducta eſt: ſicuti vbi ab vna eademque perſona ſimplum exactum eſt. actio in factũ quę in quadruplum concepta eſt, recte ſupereſſe dicitur, ita tamen vt reus tantum in triplum ſit condemnandus. Atque ita quidem inter ſe conueniunt, hæc actio in factum *& vi bon. rapt.* differunt autẽ quod hęc etiã datur hæredibus *l. 2. §. vlt. vi bon rapt.* illa vero hæredibus nõ datur: quod ſufficere prætor exiſtimauit, hæredibus condictionẽ ſimpli *l. 4. h. t.* & vt Accurſ. notat, videtur eſſe quodammodo ſimilis actioni iniuriarum & tendere ad vindictam *fac. l. 5. ne quis eũ qui in ius vocatus &c.* Bonus hîc Ant. Fab. dormitauit, & contra regulas juris manifeſtas *in d. l. 4.* hanc rationem decidendi tradit, quod actiones pœnales nec hæredibus nec in hæredes dẽtur: quorum poſterius verum *l. 1. in prin. d. priv. delict.* prius manifeſto falſum eſt.

Rei reſtitutoria.] Poteſt appellari, quatenus continet rei perſecutionem, cæteroquin actiones pœnales non temere ita appellari ſolent: facilius ita appellaueris actionẽ quod metus cauſa, quæ non ſimpliciter & omnimodo, ſed ſub conditione, ſi res non reſtituatur in quadruplum eſt concepta.

LIT. D.

Quandoque extra ordinem.] Ad hoc probandũ adducit *l. pen h. t.* in qua hoc ſcrupulo non caret, quod ei qui ſuper actione in factum cognoſcit, facultas datur, propter calumniam inſigniorẽ, pro modo delicti reo pœnam irrogandi: quia hoc poteſtatem eius excedere videtur. Niſi quis forte hoc ad mulctam referat, vel prætorem homines fortaſſe viles grauius etiam coercendi poteſtatem exiſtimet habuiſſe. Porro Ant. Fab. alijs rationibus *d. l. pen.* à Triboniano corruptam cenſet. I. quod hic mentio fiat formæ edicti. At neque reſtitutione eius, quod extortum eſt, neque grauioris pœnæ irrogatione, quidquam fieri iuxta formam edicti, quippe quod quadrupli pœnam imponat. II. Quod verba IUBEAT, IRROGET, non ſint ICti, ſed Imperatoris. III. Edictum loqui de eo qui pecuniam accepit. Ne vel Vt negotium faceſſeret: hanc autem L. agere de eo qui iam negocium faceſſit. Verum non deeſt, quod ad hæc reſpondeatur. Ad primum hanc actionem eſſe pœnalem miſtam, in quam etiam veniat ſimplum, quin & actionem in ſimplum ex edicto eſſe fortaſſis etiã aliquando intra annum, ſi calumniam grauiori pœna dignam cenſeat prætor. Quę pœna num quidem ex edicto (neque vero hoc in iſto textu affirmat ICtus) aut ſecundum edictum, ſed extra ordinẽ & arbitrio, irrogatur: quippe cũ ipſe Ant. Faber notat, & docet etiam *l. vlt h. t.* hic titulus ſit generalis, etiam ad alias quã quæ edicto veniunt, pœnas pertinens. Ad ſecundum nihil impedire, quo minus eiuſmodi verba etiam à ICto vſurpentur, cum præſertim hæc lex ſit ex libris opinionum, vbi forte ſententias quaſdam propoſuit Vlpianus. Tertia ratio falſa eſt, cum appareat *ex l. 1. § 1. h t.* etiã illum in edictũ incidere, qui pecuniam accepit, poſt iudicium acceptum: quo pertinet, quod etiam qui ſemel fecit, & qui incepit facere poteſt accipere pecuniam, ne po lo faciat: & qui ab initio bona fide acceſſit, poſtea animum calumniandi inducere poteſt.

Ex qua Cuiacius Paulum emendat.] Parum intereſſe videtur, vtromodo legatur. Qui videri poſſit illud mutaſſe Tribonianus, reſpiciens eo, quod illo tempore, vt ipſe Tr. *lit. C.* omnia criminalia iudicia extraordinaria erãt *l 8 d pub. iud.* Facit quod cũ *in l 3. ad Turpil.* procul dubio pro criminali iudicio agatur, perſecutio criminalis delictorum quæ extra ordinaria non ſunt veluti furti, bonorum raptorum, inſtituitur extra ordinem *l fin. dict priuat delict l. fin d. furt.* Hic autem ſpeciali accuſatione opus non fuiſſe videtur, ſed ab ipſo qui de crimine cognoſcebat, punitam calumniam.

LIT. E.

Ex l. Remmia litera in fronte.] Hanc pœnã vnicam ex lege Remmia fuiſſe, non puto *arg l 1. §. & ſeq ad Turpil.* quod nihil prohibeat cum ea aliam concurrere pœnam, fortaſſis etiam aliquando talionis: quod cum ipſe Treut. hunc effectum inſcriptioni tribuat, tempore Martiani ICti, apud quem *in d l 1.* legis Remmiæ mentio, inſcriptiones frequentatas fuiſſe, dubium non eſt.

Actio in factum extra ordinem.] Non ſatis capio cur dicat extra ordinem, quia imo ordinarium fuit, vt qui pecuniam accepiſſet, etiam vt per calumniam criminalem accuſationem haberet, eo nomine in quadruplum teneretur *l. 1 §. 1. d. calumn.*

LIT. D.

Ait, calumniatorem teneri ad talionem, ſed hodie arbitrarie puniri, adducta *l. 1 de his qui not. infam.* Quaſi vero ibi ſit ius nouum, eoque non amplius obtinuerit pœna talionis: & vtrique leges Codicis hac lit. citatæ edicto prætoris ſunt

recen-

recentiores. Et cum verbum *hodie*, denotet mutationem iuris, & conſtitutiones principum pœnam talionis proponunt, fieret ita, vt conſtitutionibus edicto prætoris derogatũ eſſe fateri oporteret. Atquin potius edictum prætoris correctum fuit per conſtitutiones, ſiquidem hic aliqua mutatio ſtatuenda eſſet: ſiquidem pœna talionis & infamiæ procul dubio iure noſtro cõcurrunt, pœna autem arbitraria moribus potius introducta videtur: quamuis non dubitem, iure quoque ciuili, ex cauſa, pœnæ arbitrariæ, non autem ſemper talioni locum fuiſſe.

Lit. H.

Quomodo hodie] Quæſtio hæc ab hoc loco aliena, reijcitur ad *part. 2. in diſput 31.* de qua etiam videmus *Scip. Gent. lib. 3. de iuriſdict. cap 31. & ſeqq.*

Disputatio XI.

DE RESTITVTIONIBVS IN INTEGRVM.

Reſpondente

ANCHARIO SCHRODER Haderſleb. Holſ.

THESIS I.

Lit. A.

QVa extraordinarium.] Extraordinariorum remediorum variæ ſunt ſpecies, de quibus *Zaſ. 1. reſp. & ſing. 20.* Hoc remedium reſtitutionis non perſonæ aut negotio alicui ſpeciatim, ſed in vniuerſum, ob læſionem patrimonij ratione & æquitate dictantibus, conceſſum, quodammodo ordinarium dici poſſit: eo reſpectu tamen extraordinarium, quod reſcindit ea quæ mero & ſummo iure valent: quo ſenſu non abſurde dicitur eſſe contra ius ciuile, *Duar cap 1. h. t VValt. 1. miſc. 10.* quidquid videatur *Zaſio dicto loco num. 9.* cuius ratio, quod æquitati conueniat, & iuri communi ſit incorporatũ non concludit: quod obſeruauit *Maurit. cap. 2.* vbi opiniones contrarias conciliat. Ex aduerſo peccat *Gl. in l. 1. d. minor.* quæ hoc remedium contra naturalẽ æquitatem eſſe male affirmat: Etenim eidem æquitati quæ conuentiones vult ſeruari iniquas cõuentiones reſcindi conuenit. Neq; obſtat quod iniquum videatur reſcindi contractum iure ciuili validum: quoniam aliquid per ſe conſideratum iniquum, ſed cũ circumſtantijs perſonæ, ætatis metus doli &c. merito æquũ haberi poteſt. Plane quod prætorium hoc remedium eſt, (in quo videtur errare *Odd. q. 1. art. 11.* putans reſtitutionem ex generali clauſula, eſſe ex iure ciuili) non ex eo protinus extraordinarium eſt: ſicut nec omnia remedia iuris ciuilis ſunt ordinaria. *fac. l. 16. §. 2. de minor.* in qua ſpecie cum reſtitutione concurrit condictio incerti generalis. De quo concurſu alia quæſtio eſt, quam nõ male extricat *Zaſ d cap. 20 ſing. reſp* & placet illud Dd. axioma: quod cum ordinario remedio concurrat extraordinarium, quoties hoc plenius & expeditius eſt, ex quo recte infertur cõtra *Fr. de Cald. in comm analyt in l. 3 C de reſtit. min. verb. infra legit. temp. n 10.* minorem vltra dimidium vẽdendo v. c. læſum poſſe vti reſtitutione in integrum: *cum Sfort. Odd q 17. art. 14.* quoniam intentato remedio *ex d. l 2. C. de reſc. vend.* electio eſt Emtoris, an pretiũ ſupplere, an rẽ reſtituere velit: v. de hoc & omnino an per concurſum alterius remedij excludatur reſtitutio *Sf. Odd p. 1. q. 17 per Maurit. c. 12. Cald d. loco verb. implorare in int. n. 5. & 11.*

Lit. B.

Proponit initio definitionem ex Paul. quod reſtitutio ſit reintegrandæ rei vel cauſæ actio. Vbi tropus videtur eſſe, & reſtitutio à Paul vſurpata, vel pro imploratione reſtitutionis, vel pro ipſo remedio reſtitutorio: cum ex pleriſque reſtitutionem cauſis & capitibus in actione ipſa reſtitutio conſiſtat, velut i de alienatione iud. mut. de dolo, quod metus cauſa, & reſciſſoriæ, quæ maioribus dant. Qua de cauſa etiam cõtra Tr. defendi poſſit, in definitione illa actionem ſignificare ius perſequendi in iudicio: quia ſcilicet illæ quas diximus actiones, non ſecus vt aliæ à prætore petuntur, & conceduntur, *v. Cai. ad pr. tit. de in integ. reſt.* Et ergo non recte Tr. in definitione Pauliana, *actionem*, explicat factum prætoris reſtituentis: quæ vſurpatio notiſſimo vſui iuris repugnat. Ne porro recte ibid. factum prætoris reſtituentis interpretatur legis actionem: quoniam vt probatum ſupra diſput 2. in vſu iuris actiones legis de volũtariæ iuriſdictionis actibus prædicantur, reſciſſio autem actus iure ciuili validi, & actionis reſciſſoriæ conceſſio, actus ſunt iuriſdictionis contentioſæ. Quia lege agere, magis de priuatis, quam ipſo magiſtratu in vſu iuris dici videtur *argu. l. 3. de off. procons l. 4. de adoption. & l. 1. Cod.* Male autem ſentẽtiam ſuam probat ex *l 105. de R. I.* quia vtique non omnes actus, in quibus interuenit prætor, & cau-

Digitized by Google

& cauſæ cognitione opus eſt, legis actiones ſũt: Dd. vulgo non male definiunt reſtitutionem, repoſitionem in priſtinum ſtatum *Maurit. cap. 1. Sfort. Odd. p. 1. quæſt. 1. art. 4. Marant. de appell n. 77.* vel ad ius priſtinum reductionem *Rebuff. d. reſtit. in pr.* Illa verò non definitio, ſed rudis deſcriptio eſt. quæ proponitur à *Franc. Cald. comment. in l. 3. C. de reſti. minor. verbo, implorare in integrum.*

Actio igitur reſciſſoria] Hæc aſſertio ex præcedentibus non infertur. Sed quod ipſam rem attinet, affirmat Treut. actionem reſciſſoriam differre à reſtitutione, ſicut conſequens ab antecedente. Quod hactenus admitti poteſt, conceſſio reſtitutoriæ actionis ab ipſa actione diuerſa eſt: quomodo in ſingulis actionibus ciuilibus duo iudicia conſiderat ipſe Treut. *ſupr. diſp. 4. th. 1, lit. G.* quoniam quæ apud prætorem proponebantur & tractabantur, formam quandam iudicij repræſentabant. Verum Dd. quos Treutl. ſequitur, duplicem libellum, litis conteſtationem & ſententiam requirunt, diuerſa etiam tempora vtriuſque iudicij, (de quo etiã infra,) ſtatuunt *Sfort. Odd. p. 1. q. 2. art. 1. & ſeqq.* eamque Dd. ſententiam etiam refert *Gabr. Mud. in l. vltim. C. de temp. in integ. reſtit.* Et ſcil. reſcindens vocant ipſam reſtitutionem, ſiue reſtitutionis tractationem, reſciſſorium, actionem remoto obſtaculo renatam & reſuſcitatam, *Marant. cap. 4. Sf. Odd. quæſt. 33. artic. 1.* vbi & alia Dd. circa hanc rem commenta à ratione vera iuris aliena proponit. Et illud de renaſcente actione priſtina ſatis perſpicue refutatur ex §. *ſed iſte §. Inſtit. d. action. in f.* vbi Iuſtin. tradit hanc formulam actionis reſciſſoriæ, quod actor dicat reum non vſu cepiſſe, quod vſucepit: quæ formula actioni priſtinæ renatæ non conuenit: & ſimul duplicitas iudiciorum refutatur: quod ſi enim iudicio reſcindenti vſucapio iam remota eſſet, hac formula & intentione non foret opus. Equidem in actione doli, quod metus cauſa, de alienatione iud. mut. &c. ſimplicitas & vnitas iudicij euidentior eſt: Quod ad reſtitutionem maiorem attinet, & eam citra aliquod decretum prætoris, quod nulla pronuntietur v. c. vſucapio, in ipſa conceſſione reſciſſoriæ actionis, exiſtimo cõſiſtere, prætoremque adeo reſtituere dici, dum actionem hanc, quæ noua & datiua eſt, (*vt recte Zaſ. & Gomeſ. in §. rurſus. Inſt. de actio, contra Maurit. c. 8. Salic. in l. 5. C. ex quibus cauſ. maior num. 8.*) concedit, & quidem ſicut alias actiones temporales intra annum tantum, *per l. 35. in fin. prin. de o. & a. l. 5. C. ex quib. cauſ. maiores* (ex cuius verbis, *quæ in integrum reſtitutis datur.* male Mauric. *c. 4.* duplicitatem eam iudiciorum adſtruit, cum iis hoc ipſum, quod in conceſſione actionis ipſa reſtitutio conſiſtat potius confirmetur) *l. 18. C. de poſt. lim. reuerſis §. rurſus Inſtit. de act.*) vbi verba, *reſciſſa vſucapione* denotant effectum & naturam actionis, quod ea rem non eſſe vſucaptam, intendatur) quibus locis etiam probatur, quod hic annus actioni reſciſſoriæ præfinitus, ſtatim à tempore impedimenti ſublati currere incipiat, quod ipſe agnoſcit *Maurit. c. 6.* & rectiſſime ſtatuunt citati, à *Sf. Odd. quæſt. 21. art. 1.* qui currere non poſſet, ſi demum iudicio reſcindenti ſublato obſtaculo actio ea naſceretur: quem nodum fruſtra tentant ſoluere Dd. per ineptam diſtinctionem actionis reſciſſoriæ in datiuam & natiuam, quam tradit *Sf. Odd. quæſt. 33. art. 2.* & Salic. *in l. 5. ex quib. cauſ. maior n. 6. & 7.* vbi ſibi ipſi nodos nectit, quos dicit excedere intellectũ ſcholaſticum. Cæterum minoribus varie ſuccurritur, & quandoque actio contra eum, cum quo cõtractum eſt, aliquando etiam contra tertium datur *l. 13. § 1. de minor. Ant. Fab. C. vbi & apud quem cognitio defin. 1.* aliquando etiam totũ apud prætorem reſtitutionis negotium tractatur & expeditur *arg. l. 24. §. 4. de min.* Et nec in his tamen caſibus veram duplicitatem iudiciorum oſtendere quis poſſit.

Lit. C.

Vel alio magiſtratu.] Addendum erat quod in fine hac lit. ſubijcit, vel à magiſtratu delegato, quoniã hic magiſtratus non eſt. & quidẽ coram delegato vel in ſpecie, vel ad vniuerſitatẽ cauſarum, *l. vlt. C. vbi & app. quem.* nec tamen aliud fuit iure veteri, vt male putat *Odd. q. 32. art. 6.*

Qui hoc imperium valet.] Videtur hoc adiecisse propter magiſtratus municipales, quibus ius in integrũ reſtituendi nõ eſt *l. 26. ad municip.* neq; enim hoc mutatum à Iuſtin. *in l. vlt. C. vbi & apud quem* vbi reſtituendi facultas datur propriũ tribunal & iuriſdictionem cum adminiſtratione habẽtibus: quo vtroque carent magiſtratus municipales: in quo vulgo errãt Dd. quos refert & ſequitur *Sf. Odd. p. 1. q. 32. art. 4. Menoch. lib. 1. præſumpt. quæſt. 72. n. 3.* Imperij autem vocem accipio generaliter pro poteſtate, ſi quidem reſtituere in integrum mixti imperij non eſſe, probatum eſt. *diſp. 3.*

Atq; ita de cauſa.] Negat de cauſa reſtitutionis in arbitrum compromitti poſſe, ex hac ratione, quod compromiſſo non tribuatur iuriſdictio. Atquin hinc effici videatur, reſtituere in

integrũ eſſe iurisdictionis, quod ipſe negauit ſupra *diſp* 3. Cæterũ ratio nihil concludit, quia arbiter nõ dicit ſententiã vi iurisdictionis, quæ cõuentionibus privatorum prorogari quidem, ſed dari nõ poteſt: Baptiſta à S. Blaſ. *de arbitr. & compromiſſ. pag. 292. n. 33. Lanſ de Oria pag 8. nu. 9. eod* & alias ſuper nulla cauſa in arbitrium compromitti poſſe eſſicieretur. Igitur rectior videtur ratio, vel quod arbitrorum non ſit, contractum jure ciuili validum, reſcindere, vel quod actiones ex cauſis reſtitutionum, vt ita loquar, magis ſint datiuæ quã natiuæ, vel etiam, quod ex ſententia arbitri reſtitutionis plenarius effectus conſequi non poſſit, & cum reſtitutiones cauſa cognita concedantur, cognitio illa cauſæ excedere poteſtatem arbitri videtur. Plane Iuſt *in d. l vlt* loquitur nominatim de reſtitutione maiorum & minorũ: vt fortaſſe ſuper ijs cauſis, quæ quaſi actionis ordinariæ jure expediuntur, aliud tentari poſſe videatur.

Ne quidẽ ſi incidenter.] Minus congrue ad præcedentia proponi videtur. Senſus hic eſt, quod arbiter ſuper cauſa reſtitutionis, etiamſi incidenter coram eo proponatur, cognoſcere poſſit. Dupliciter autem hoc intelligi poteſt. 1. ſi cauſa reſtitutionis, vt ita loquar, de præterito, coram arbitro incidenter opponatur, veluti ſi compromittatur ex cauſa conuentionis cum minore initæ, & poſtea obijciatur læſio quod exemplum proponit *Sſ Odd p. 1. quæſt 32 art 8* 2. Si in ipſa cauſa coram arbitrio tractata læſio de nouo emergat: veluti ſi minor prætendat ſe omiſiſſe probationes. Quo poſteriori caſu reſtituere poſſe arbitrum, *poſt Azonem & Odofr.* ſtatuunt *Cynus, Salic & Caſtren. in l vltim C. vbi & apud quem* quod recte ita declarat *Sſ. dict. art. 8* vt non poſſit rectà reſtituere, ſed nouum terminũ ad probandum cõcedere. Quin & in priori ſpecie arbitrum cognoſcere poſſe exiſtimauerim: quod alias ipſe ſuper cauſa principali recte pronuntiare non poſſet. Et cognitio iſta non videtur præiudicare quæſtioni principali de reſtitutione, ſuper *qua non pronuntiatur*, ad inſtar iudicis, cuius cognitioni incidit cauſa ſtatus, *l. 1. C. de iudic l. 1. inf. C de ord iudicior.* quo argum. hæc ſententia recte defendi poteſt, cum nec iudex pedaneus iurisdictionem habeat, & alias perinde ſit, nullam, & in caſu exempto limitatam habere iurisdictionem, in quo lapſus eſt *Mauritius cap 38.* fac quod arbitria ad inſtar iudiciorum redacta ſunt *l 1. de recept. arbitr* Et hanc communem omnium ſententiam eſſe, atteſtatur *Sſ. Odd. d. art. 8. q 32.* Quare certa, reſpondendum erit *ad l vlt. inf C. vbi & apud quem.* vel quod argumentum à contrario ſenſu non ſemper procedat, vel quod de eo caſu loquatur Iuſtin. quo de cauſa reſtitutionis non tantum cognoſcendum, ſed etiam pronuntiãdum eſt neque ille ibi ſimpliciter incidentem, ſed alijs cauſis annexam & cohærentem quæſtionem reſtitutionis intelligere videtur: quo modo illum locum etiam accepit Gloſſ quæ interpretatur cauſam motã per modum reconuentionis. Porro an ſuper incidẽti ſit pronuntiandum; & de varijs ſpeciebus incidentis *vide late Cyn. in l. 1. C d ordin iud nu 8 & Salicet. ibid n 8 & ſeqq & in l pen eod Fachin 1. controverſ 43 & diſput ſeq th. 13. lit C* Illud etiam hic quærunt Dd an arbiter ſaltem ſuper hoc, an v. c. minor reſtituendus ſit, pronuntiare poſſit. Quod affirmat *Bart in d l fin.* quẽ ſequitur *Mauris. c. 38. inf.* & magis videtur probare *Odd quæſt. 32 art. 7.* eodemque inclinat *Gloſſ in d. l. fin.* Sed magis placet ſententia *Baldi in ſæpe d. l fin. poſt Odofred & Cyn. ibid.* vel quia vt Cyn. ait prohibito aliquo omnia quoque prohibita cenſentur, per quæ ad illud peruenitur: vel quia aut pronuntiabit contra minorem arbiter, & procul dubio reſtituetur minor: aut pro minore, & procul dubio hanc ſententiam arbitri non ſubſequetur prætor, niſi prius cauſa cognita minorem læſum facilitate ſua, &c. deprehenderit, eoque deprehenſo ipſe decretum interponet: itaq; res ſemper ad priſtinum ſtatũ reuertetur

LIT. D.

Agit hic de loco, in quo reſtitutionis cauſa agitanda eſt. Ait autem agitari eam in foro Rei ſi in perſonam ſed in loco rei ſitæ, ſi in rem agatur. Vbi primo vitioſa oppoſitio eſt, fori Rei, & loci rei ſitæ: quia etiam locum rei ſitæ forum Rei eſſe oportet, ſiquidem in eo recte conuenitur. cum præſertim ex veriori ſententia quã ipſe Tr *ſupra diſp. 3 th* 8 ſequitur, etiam actio in rem in loco domicilij, & ita in foro Rei maxime proprio inſtitui poſſit. Porro cũ ex ſententia Tr cur. duo hic ſint judicia vtrique reſcindens, in quo caſu cognita an reſtitutio concedenda ſit, tractatur, in foro eius contra quem petitur reſtitutio, neceſſario proponendum erit. Cæterum ex ratione juris inter cauſas reſtitutionis diſtinguî oporteat: quod ſcil. vel ordinario jure à prætore conceditur actio, vel officium judicis implorandum eſt. Illo caſu pro conditione actionis quæ vel eſt in rem, vt reſciſſoria fere ex capite de maioribus, vel in perſonam ſiue pure vt actio doli,

doli, ſiue in rem ſcripta, vt actio quod metus cauſa, ita etiam in hoc vel illo loco & foro inſtituenda eſt. Hoc vero caſu, v. c. ex capite de minoribus, quia multa interuenire poſſunt, vt reſtitutio non concedatur, ideo contra ipſum, cũ quo contractum eſt reſtitutio eſt imploranda: licet aliquando cauſa cognita eius effectus etiã contra tertium porrigatur. Secundum quę communis Dd ſententia, recte explicata, vera eſt, quod regulariter in foro Rei reſtitutionis cauſa ſit agenda *Maurit. cap. 36. Odd p. 1. quæ. 32 art. 13. Couarr. 1 reſol. 4. VVeſ. in parat. C. vbi & apud quę.* quib. male diſcedit Treut. Plane vbi reſtitutio contra ſententiam petitur, coram iudice qui eam tulit, vel eius ſuperiore id faciendum eſſe ex Dd tradit idem *Odd. d. loc. & quaſt. 69. art. 7. v. Gilauſen Arborem iudiciariam de reſtit. in integr. num. 27.*

Iã ſingulare quod ſolus princeps]Hoc quidem alieno loco proponitur: cæteroquin nihil hic videtur ſingulare, ſed regulare potius vt aduerſus ſententiam paris vel ſuperioris reſtitutionem concedere nemo poſſit: procurator autem Cæſaris non agnoſcit alium ſuperiorem niſi principem, *vt Cuiinl 16 in ſ de minor* & hic etiam hoc ſingulare, quod procurator Cæſaris non cognoſcit inter priuatos vtrinque, ſed inter hinc priuatum inde fiſcum, vt vel tanto magis, quia res fiſcum Cæſaris concernit, ſolus etiam Cæſar contra ſententiam reſtituere debeat.

L I T. E.

Semel data vel denegata iterum, &c.]Verum *iterum* ad vſum denegatæ reſtitutionis non ſatis accommodum eſt Res ipſa ita ſe habet: Denegata ſemel reſtitutio fruſtra amplius petitur; à ſententia tamen, qua reſtitutio denegatur, appellari, ad appellandũ minor reſtitui poteſt. Fallit autẽ regula illa, ſi ſuper diuerſo capitulo petatur reſtitutio, vel ex noua cauſa ſiue de nouo cauſa illa emerſerit, ſiue antea extiterit: & hoc rurſus ſiue non allegata, ſiue allegata, quidem, ſed non fuerit probata Quod ad reſtitutionem ſemel conceſſam attinet, aut iterum petitur, contra id quod ante conceſſum fuit, de quo agitur infra *th.* 10 *lit* 10. aut pro eodem obtinendo: & hoc rurſus vel quia prior reſtitutio non ſufficit, vel quia priori reſtitutione minor vſus non fuit quo poſteriori caſu contra *Sſ. Odd. quaſt* 16. *art* 8 magis exiſtimo cum communi, reſtitutionem amplius non concedendam, neque duplicem negligentiam ferendam eſſe. Vide de tota hac re *Sſ. Odd. q.* 16. *per totum. Anton. Fabrum C. ſi ſæpius, in integr. reſtit poſtul definit.* 2.

Nec intereſt an reſtitutus]Videtur hic Tr probare opinonem Sf. Odd. cuius iam mentio facta eſt, quod ſemel reſtitutus iterum reſtitui poſſit, etiamſi priori reſtitutione per negligentiam non fuerit vſus.

THESIS II.

L I T. B.

Nõ vero datur ob minimã rem &c.]Videtur exiſtimare Treut quod eo tantũ caſu ob rẽ minimã reſtitutio non concedatur, quando ea tendit in præiudicium ſummæ maioris Cæterũ verius eſt indiſtincte, propter rem minimam reſtitutionẽ nõ concedi. per notata *Maurit. c. 124. Ant. Gabr. de reſtit in integr. concluſ. 1. Odd. p. 1. q. 4. art. 13. &* 12 vbi recte ait aliquando requiri læſionem maiorem, quandoque ſufficere minorem.

Non quia in introductis.] Nam obſcure hic exiſtimat Tr in ordinarijs rem minimam non curari. Quod rationi convenire non videtur, ſiquidem nec in minima re cum damno meo alter lucrum ſentire debet: & igitur ob minimam rem furti actio datur *§ gallinarum. Inſt. d. acq. rer. dom* & actio L. Aquiliæ, *arg. l.* 22 *in fin prin. d. damn. infect.* nec dubiũ eſt quin etiã rei minimæ commodatæ, depoſitæ vel pignoratæ ſit repetitio. Nec quicquam pro Tr. facit *l. 54. de contrah. empt.* vbi agitur de reſcindendo contractu bonæ fidei: *& in l 18. §. 2. commod. & l 12. de impenſ. dotal.* ſumma ratione impenſæ modicæ cum vſu compenſantur, cæterum ſi depoſitarium ponas hic vtique illas repetet. Quod ad reſtitutiones attinet, diſtinguendum fortaſſe, an ex officio judicis nobili, an actionis & quaſi ordinario jure concedantur & expediantur: neq; dubium eſt, quin actio quod metus cauſa etiam ad rem exiguam vi extortam concedatur, & actio doli, eo quod famoſa eſt propter ſummam minimam non datur *l. 10 & 11. de dol mal*

Liberis certe libertiniſque.]Hoc quidem ab hoc loco alienũ eſt, & agitur de eo infra *th. 13. lit B.* Verba autem Treut. ita habent: Liberis certe libertiniſque parentum patronorumque reuerẽtia omnem reſtitutionem adimit, quamdiu iuris communis remedium aliquod non famoſum ſupereſt Ex quibus verbis effici videtur, omnẽ reſtitutionis cauſam eſſe famoſam, quod tamen in actione doli tantum obtinet. Deinde hoc non ſpeciale in parentibus & patronis, ſed regulare eſt, vt remedium ordinarium juris ciuilis faciat ceſſare reſtitutionem *l 16. in pr. de minor.* Tandem ita loquitur, quaſi deficiente

remedio non famoſo detur cõtra parentes & patronos remedium famoſum: quod verum nõ eſt *l.2.de obſeq parent. & patron & c l.15.§.1. de dol. mal.* & eo caſu aut nulla aut ſubſidiaria actio in factum locum habet *arg.d.l 11. in fin.*

Lit. C.

Et per procuratorem.] Videlicet vt ſubijcitur, cum mandato ſpeciali: Recte quoque ſe habet exceptio, *niſi petatur incidenter.* Neque obſtat, quod ita veniat contra factũ domini: quia cum citra talem petitionẽ cauſam principalẽ, ad quã datus eſt, exequi nequeat, hoc ipſum quoque ſimul, quod mandans ipſe veroſimiliter facturus fuiſſet, mã datum videtur. Ideoque fortaſſis fallet hoc eo caſu, quo procurator generalis ad negotia cum cautione rati experitur. *Glo.in l.65. ff.de procurat. Couarr.1.reſolut.c.6.n 4.*

Generale mandatum ſufficiat.] Superflua eſt hic vox, *generale*: quia ſufficit mandatum ad cauſam ſingularem.

Siue autem per ſe.] Verba Treut. hæc ſunt: ſiue autem per ſe, ſiue per procuratorẽ reſtitui quis petat, ſemper id fiet per implorationem officij judicis, vt vel ex mero officio reſtituat, vel det actionem quod metus cauſa, aut de dolo. In quibus verbis inſufficiens eſt enumeratio, quod nulla fiat mentio actionis ex edicto de capite minutis, & de alienatione iudicij mutandi. &c. neque actionis reſciſſoriæ *ex cap. d. maior.* (quo vtique reſtitutiones mero officio iudicis nõ expediuntur) quoniam vix eſt, vt exempli tantum gratia hæc propoſuiſſe dici poſſit. Quin & minoribus non ſemper mero officio prætoris, ſed aliquando cõceſſa quoque actione ſuccurritur *l.13.§.1.de min.* Quin amplius actiones iam dictæ ad inſtar aliarum actionum competere & concedi videntur; vt in his nulla ſpeciali implorationę opus eſſe videatur, aut in quauis actione alia eadem officij imploratio ſit admittenda. Et *ex cap.* doli vel metus, non reſtitutio in ſpecie imploratur, ſed ſimpliciter actio petitur. qua de cauſa à Dd. ſub materia reſtitutionum iſta tractari non ſolent.

Lit. D.

Ait in theſi, quia ſucceſſoribus etiam hoc beneficium detur, ideo reale cenſendum. Atquin hac ratione actiones ex quacunque obligatione fuerint reales: verum an remedium vel actio aliqua realis ſit, non ex eo, cui, ſed potius in quẽ detur, æſtimandum eſt *arg. l.25. de oblig. & actio.* Neque obſtat, quod priuilegia perſonalia cum perſona extingui dicuntur *l.196. d. reg. iur.* quoniam reſtitutionis beneficium, non iure priuilegij, ſed magis remedij juris communis cenſetur: Et recte *Sf Odd q 50.art 1.n* 8. reſtitutionem non certæ perſonæ, neque tam ob habilitatem eius, quam ob conuerſationem patrimonij cõcedi: neque reſtitutio ex mera gratia, ſed ij ſa quoque iuſtitia & æquitate dictante tribuitur, vt recte Bart. citatus ab *Odd. d. art. 1. add Gabr. Mud. ad rub. C. de fideiuſſ. min.* Cæterum in hac quæſtione inter cauſas reſtitutionum diſtingui oportet: ſiquidem actio doli, & de alienatione iud mut. &c. mere ſunt perſonales, actio quod metus cauſa, origine perſonalis, ſed in rẽ ſcripta, actio reſciſſoria ex capite de maioribus fere realis, minores reſtitutionem implorant contra perſonam eum qua contraxerunt, ſed aliquando actio contra tertium porrigitur *l.13.§.1.h.t. Accurſ in l.9 .ff eod. v. etiam Sf. Odd. quæſt 31. art. 17. Fr. Cald. in com. ad l 3 C. de reſt. in integ. verb. implorare.*

Vnde aduerſus quemcunq; poſſeſſorem.] Hæc vero manifeſto vitioſa eſt illatio: ſi quidem aliud eſt reale dici reſpectu actoris, aliud reſpectu rei. Et cum Tr. hac ratione reale hoc remedium eſſe in th. concludat, quod tranſeat in hæredes. ex hoc, aduerſus quemcunque poſſeſſorẽ illud dari, peſſime infertur. Sed & hoc ipſum, quod reſtitutio cõtra quemcunque detur poſſeſſorẽ, iuxta paulo ante notata non generale, ſed ſpeciale eſt, tanto magis, ſi ex ipſius ſententia inter iudicium reſcindens & reſciſſorium diſtingnat:

Atq; hinc etiam ad hæredes.] Hæc quidem otioſa repetitio eſt eius, quod iam in theſi propoſitum erat: neque recte cum eo quod de tertio poſſeſſore propoſitum erat, coniungitur.

Non item ad fideiuſſores.] Atquin ſi recte remedium reale dicitur, etiam his proficiet *arg. l.7. de except.* Sed vtique male indiſtincte hoc negatur, & perpetuum hunc errorem errat Treut. vt ſpecialia tanquam generalia proponat. Etenim exceptionẽ doli & metus etiã fideiuſſoribus competere, docet *d.l.7. de excep* Sed nimium in cauſa minorum præcipue hæc quæſtio controuertitur: vbi *Anton. Fab. 8 coniect. 1.2.3. & C de fideiuſſ. Minor definit. 1.* eo demum caſu fideiuſſori beneficium reſtitutionis non prodeſſe concludit, vbi contemplatione juris prætorij, & ob metum reſtitutionis fideiuſſor acceptus fuit. Verum hic caſus dubium non habet, quod obſeruat etiam *Gab. Mud. ad l.2. C de fideiuſſ. min* & in dubio fideiuſſoribus non ſuccurri, neque remediũ perſonale ipſis prodeſſe, probatur *ex l.1. & 2. C*

de fide-

de fideiuſſ. minor. quibus locis docetur, etiam cõtra ipſos fideiuſſores, ne actione mandati experiri poſſint, reſtitui minores. Vtique æquius videtur vt in damno moretur fideiuſſor, quem, vt ſibi rectius conſultum eſſet, creditor accepiſſe præſumitur *arg. l. 13. in pr. de min.* & reſtitutio non tollit obligationem, ſed tantum eximit minorem, *Salicet. ad l. 2. C. de fideiuſſ. minor. nu. 3.* His conſequenter, ſicut æquum eſt creditorẽ in damno non morari, ita eadem ſuadet æquitas, fideiuſſori ſuccurri, ſi creditori, ne in damno moreretur, aliter ſit conſultum. Quæ probabilis eademque communiſſima Dd. ſententia eſt teſte *Sf. Odd. q. 48. art. 5. Maurit. c. 14. Gab. Mud. in l. 2. C. de fid. min.* quæ firmatur *ex l. minor. 51. in prin. de procurat.* vbi actori contra principalem reum actio ſalua manet: (licet ſpeciale in iudicialibus eſſe, *ex Dd. notat Sf. Odd. d. q. 48. art. 6.* eo quod ibi fideiuſſor obligetur ex proceſſu ſui principalis *l. vltim. in fi. C. de vſur. rei iudicat.* (& ex *l. pupillus. 89. de acq. hered.* vbi creditoribus ſalua eſt actio contra debitores hereditarios: licet ibi quoque ſpecialis ratio dari poſſit, quod cum fideiuſſor ibi pro pupillo tanquam herede interceſſerit, pupillo abſtento vel contra aditionem reſtituto, & ita effectu non amplius hærede, fideiuſſorem conueniri, fuerit iniquum. Quo videtur reſpexiſſe, Fulgoſius qui referente & probante *Odd. d. quæ. 48. art. 1.* regulam *l. 1. C. de fideiuſſor. minor.* ita putauit limitandam, niſi fideiuſſor interuenerit pro minore ratione bonorum: id eſt, non eo quod minor erat, ſed quod non ſoluendo eſſe putabatur: quam ſententiam latius confirmat *Gabr. Mud. in l. 2. C. de fideiuſſ. min.* quod eiuſmodi caſibus, (velut in ſpecie *l. 89. C. de adq. her.* creditores in minorem incidant, & quod ſatisdatio ex conditione ipſius negotij, & quaſi ex neceſſitate quadã, ſicut a quouis maiore interponatur: quæ in effectu eſt ſententia & diſtinctio Ant. Fab. Aliam limitationibus tradit *Odd. art. 4.* ſi minor non poſſit reſtitui contra fideiuſſorem: ne alias reſtitutio inutilis ſit minori, quod fideiuſſor exactus contra ipſum haberet regreſſum: *v. etiam Fr. Cald. in l. 3. C. de reſtitut. min. verb. minoribus n. 46. Zanger. de Except. part. 3. cap. vltim. num. 59. & ſeqq. Hering. de fideiuſſ. part. 5. c. 17. n. 113.*

Secus in beneficio *l. 2.*] Atqui in ſi bona ratio Treut. *antè.* quod heredibus competat, etiam remedium *l. 2.* reale dici poſſit. Sed nimirum Tr. hæc confundit, & eſt de hoc alius tractandi locus *infr. p. 2. diſp. 2. th. vlt.*

Hinc etiam eſt quod ad litis conſortes.] An quia reſtitutio contra tertium poſſeſſorem, an quia heredibus datur? neutrum plane: adeoque cum duo illa præmittantur, male ita loquitur, tanquam hoc ex illis inferatur. Ratio autem pendet à rei indiuiduitate, quæ facit vt reſtitutioni non niſi in ſolidum locus eſſe poſſit *Salic. ad L. Vnic. C. ſi in cõmuni eademq́; cauſa in integr. Ant. Fab. ibid. Coler. deciſ. 273.* adeoque niſi prodeſſet maiori, non prodeſſet minori: vt recte *ex Dd. docet Sf. Od. q. 46. art. 4.* vbi etiam art. 5. ex hoc in materia iſta inuiſibilitatem aſtimandam & definiendam oſtendit. Atque hæc in litis conſortibus maioribus: cæterum ſi minores ſint, his etiamſi res diuidua ſit, reſtitutionem ab vno conſorte petitam prodeſſe ſtatuit *Odd. d. qu. 46. artic. 2.* A quo diſſentio: vel quia minor poteſt beneficio reſtitutionis non vti, vel potius, quia vt Baldus ibidem citatus ſpeciali hic mandato opus eſt. Neque obſtat exemplum appellationis *ex cap. pen. de appellat.* quia hoc remedium ordinarium eſt, ex præſumpta iniquitate ſententiæ æqualiter etiam maioribus conceſſum: reſtitutio autem petitur ex errore & lapſu, qui in minoribus tantum, non in maioribus toleratur. Fruſtra etiam adducitur *l. vn. C. ſi in commun. cauſ.* cuius hæc reſolutio eſt. Soror tranſegerat de re communi fratribus inconſultis. Tranſactionem iſtam ratam habent fratres (alias enim nullo modo ipſis præiudicat *d. l. vn. in prin.*) vel adhuc minores, & reſtitui in integrum poſſunt: vel iam maiores, & non poſſunt: neque ex perſona ſororis quæ adhuc minorennis proponitur. Ratio dubitandi erat, quod cũ ſoror ſola negotium commune geſſiſſet, commune etiam reſtitutionis auxilium videbatur eſſe debere. Ratio decidendi in contrarium eſt, quod propter ratihabitionem ſequutam perinde habetur, atque ſi ab ipſis fratribus negotiũ geſtum fuiſſet. Ergo verba hæc legis, *hu cenſenſum poſt 25. annos,* &c. quæ vrget Sf. non hoc probant, quod ſi minores ſint, ipſis reſtitutio proſit, ſed quod hoc caſu non ſecus ac ipſa ſoror, reſtitutionem implorare poſſint: de quo etiã tantum, non de petita reſtitutione *in d. l. vn.* tractatur. Illud admiſerim, reſtitutionem communi nomine petitam, à conſortibus minoribus ratam haberi poſſe: cum alias etiam, ſententia ipſo iure nulla fauore minoris ætatis ſuſtineatur.

LIT. E.

Quo poſtulatio impeditur executio.] Iniuriam

hic facere videtur Baldo, quem pro diſſ. citat. quoniam hic de nullitate agit, quod ea allegata non impediat executionem, idque ita regulariter obtinere docet *Vant. de nullitat. c. 9. quomodo & quibus modis, &c. n. 29. 31* Porro *l. vn. C. in integ. poſtul. reſt.* generalis eſt, *de quo Sf. Odd. q. 24.* Tr. autem hoc ad ſpeciem de reſtitutione cõtra ſententiam petita transfert, qua de re late *Sf. q. 43 art. 1.*

Et ſi à principe.] Nimirum prætextu iniuſtitiæ & iniquitatis ſententia principis impugnari non poteſt: petitio autem reſtitutionis non ſententiam arguit, ſed errorem & lapſum prætendit, vt bene tradit *Sf. q. 43. art. 2.*

LIT. F.

Niſi forte morandi animo.] Si videlicet ſuſpicio ſit calumniæ & malitiæ: neque enim conſtare liquide de hoc oportet, vt loquitur Treut. ſed etiam præſumptiones ſufficiunt: quod prolixe & diſtincte euoluit *Sf. d. q. 43. art. 5. Menoch. lib. 1. præſumpt. q. 74.*

THESIS III.

LIT. A.

Olim erat annus vtilis.] Hodie quadriennium continuum. Quod ratione curſus vulgo accipiunt Dd. currere autem incipere non niſi ſciẽti, de quo mox lit. B. Quo admiſſo cũ Iaſon hic improbato, tempus illud quadriennij vtile dici poteſt: quoniam duæ illæ qualitates, currere à die ſcientiæ, & currere diebus faſtis, ex quib' vtile tempus æſtimatur non ſemper ſimul coniunctæ, ſed aliquando ſeparatæ ſunt. Tempus a. hoc quadriennij toti & vniuerſæ reſtitutionis quæſtioni præſtitutum eſt: quod recte etiã not. *Gabr. Mud. in l. vlt. C. de temp. in integ. reſt. Menoch. lib. 1 præſum. quæſt. 71.* & longe mittendus nũtius ſententiæ Dd. qui memores erroris ſui de duplici iudicio reſcindente & reſciſſorio, quadrienniũ hoc ad illud, quo ſcilicet reſtitutio petitur, cæterum iudicio reſciſſorio hodieq; annum, vtilem præfinitum exiſtimant *Br. & Dd. in l. in honor. 35. dict. O. & A. Don. in §. rurſus. in l. de act. n. 8. & alij incitati ſupr. th. 1. lit. C* Atquin Iuſt. *in l. vlt. C. de temp. in integ. reſtit.* annum vtilem a republ. ſe ſeparare profitetur: neq; dubium eſt ex ead. leg. quadriennium ſurrogatum eſſe in locum anni vtilis: quod tempus vniformiter iure veteri reſtitutioni definitum fuiſſe, pro certo habendum eſt.

Alia nec minoris momenti hic expedienda quæſtio eſt de tempore inſtantiæ, quamdiu ea duret. In quo iterum plerique Dd. vulgato errori inhærentes, reſcindens quidem iudicium intra quadriennium finiendum, actionem autẽ reſciſſoriam litis conteſtatione perpetuari exiſtimant *teſte Gab. Mud. in l. vlt. C. de tẽp. in int. reſt. Sf. Odd. q. 21. art. 5.* Cæterum etiam ij qui vnum tempus ſtatuunt, quin intra quadrienniũ illud inſtantia & controuerſia finienda ſit, ne dubitant quidem, hoc quippe omnes tenere ait *Odd. q. 19. art. 4. n. 38.* adeo vt poſt quadriennium latã ſententiam ipſo iure exiſtimẽt eſſe nullam *Odd. d. q. 19. art. 12 poſt. Caſtr. & alios in l. pen. C. eod. ex l. vlt. vbi Dd. comm. omnes C. de temp. in integ. reſtit.* ibi, *ad interponendam conteſtationem finiendamq; litem* Verum ſententiæ iſti obſtat. 1. Quod Iuſt. inſtantiæ in cauſis ciuilibus triennium præſcripſit *l. 13. C. de iudic.* neque enim videtur probanda eorum ſententia, qui *ex dict. l. vlt.* exceptionem petunt *ad l. 13. C. de iud. Gabr. Mud. in dict. l. vltim. in fin.* Alij ineptius finiri inſtantiam triennij, ſed inter id quod ſupereſt de quadriennio, aliam competere inſtantiam, *Caſtr. in dict. l. vlt.* 2. Quod ex notiſſima regula iuris litis conteſtatione actiones perpetuantur. 3. Quod communiſſima illa ſententia repugnet naturæ omnium aliarum actionum (de actione doli infra agemus) quibus præſcriptum eſt certum tempus, intra quod nimirum non finiendæ, ſed in iudicium introducendæ ſunt. 4. Fortiſſime mouet ratio ab abſurdo, quod cum tempus actionum currat è momento in momentum, ita vt etiam poſtremo die liceat mouere actionem, fieri vtique non poſſit, vt eiuſmodi caſibus, inſtantia intra quadriennium a Iuſt. præſcriptum, quod videlicet ab eo tempore, à quo olim annus vtilis, currere incipiat, finiatur, neq; tamen nondum elapſo tempore negare poſſis actionẽ. Rectiſſime igitur ait *Cald. in comment. ad l. 3. C. de in integ. reſt. verbis infr. tempora, n. 1. in fin.* intra totos quatuor annos peti poſſe reſtitutionem, (ita enim iure veteri intra annum vtilem experiri licebat) ſed cepta controuerſia currere trienniũ *ex l. 13. C. de iudic.* Sed illud eiuſdem nimis violentum, quod *in d. l. vltim.* pro *finiendam,* vult legi, *faciendam,* & *in Clement. vn. de reſtit. in integr.* pro *finiri inchoari.* Exiſtimo *in d. l. vlt.* litem non eſſe explicandam de inſtantia, ſed de actione. & verba, *interponendam conteſtationem finiendamq; litem,* non ad vnum, ſed ad duplicem caſum referenda eſſe, de quo *in d. l. vlt.* tractatur, reſtitutionis videlicet minorum & maiorum. ad illa, quod de interponenda conteſtatione ad hanc,

quod

quod de finiẽda actione dicitur, pertinet, quod ſcilicet reſtitutio minorum nõ remedio actionis, ſed mero officio prætoris expeditur. Et ſane facilius ita *d.l.vlt.* quam rationes ſupra adductæ euitari poſſunt, quomodo etiam explicare poteſt *Clem.vn. de reſtit. in int.* quamuis Pontifices plerumque errores communes ſequuti fuerint.

Illud non improbabiliter.] Hoc non tam tentãdum, quam liquido potius affirmandum videtur: quod etiam pro certo tradit *Sſ Odd quæſt 19. art 2.* qua triennium illud non pertinere ad actionem doli vel metus: cum etiam vlt. tantum *in d l. vlt.* faciat mentionem reſtitutionis minorum & maiorum adiecta nominatim mẽtione abſentiæ & alterius impedimenti, ne quis ad aliud reſtitutionis genus illud trahere poſſit. Neque nouum eſt, ſub titulo generali proponi ſpecialia. Quin imo leges omnes ſub eo titulo pertinent ad reſtitutiones minorum & maiorũ, quæ etiam in ſpecie & in iure noſtro, & ab interpretibus reſtitutionũ nomine venire ſolent. Vtique circa expreſſum textum correctio iuris antiqui, maxime L Codicis *l vlt.C de dol.* induci & præſumi nec poteſt nec debet.

In camera non obſeruari.] Nihil neceſſum erat hoc admonere, cum triennium illud Iuſtin. in nullis amplius iudicijs, tantum abeſt vt in Camera ſeruetur, aut ſeruari poſſit. *v. VVeſembecij comment. in lib. 5 C. ad L. 13 de Iud. n. 20.*

LIT. B.

An ignorantia hinc ſubducatur.] Veriſſimam puto negatiuam Treut. ſententiam contra Dd. vulgo qui à tempore ſcientiæ demum quadriẽnium hoc currere ſtatuunt, quam omnium cõmunem ſententiam eſſe, teſtatur *Odd q. 20. art. 4. Gail 2. obſ 48. Cald in l. C. de reſt in int min. verb. Infra tempora n. 3. Teſſaur deciſ. 134. n. 4 Couar. in cap mala fidei de R I p. 3. c. 3. n. 3. VVeſemb conſ 5. n. 32. Tiraq. d. retract gent. §. 35 gl 4. n. 44 Catell. Catt in memor. verbis tempus quadriennij. Cranet. d. 7. antiq. temp. part. 4. verſ materia n 57. Boer. dec. 19 n 4.* adeo vt etiam vſque ad centum annos petendæ reſtitutioni faciant locum, quod ex Baldo & alijs in terminis tradit *Boer dict. loc.* Quę quidem ſententia rationem iuris & ipſum ius [illegible], totumque vſucapionum ius euertit: neque vero abſentia meliorem debet facere conditionem eius, contra quem ſi abſens non fuiſſet, etiam ignorantem vſucapio cum effectu [illegible] leta fuiſſet. Et vero diſerte probatur *ex l. vlt. [illegible] de temp. in int. reſt* quod quadriennium illud minoribus quidem ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die ſublati impedimenti currat. Nec quicquam adeo obſtat collatio vtilis anni cum quadriennio iſto *ex d.l.vlt.* quoniam ẽtiam annus ille vtilis non à die ſcientiæ, ſed itidem impedimenti ceſſantis currebat *l. 5. C. ex quibus cauſ. maior. l. 18. C. de poſtlim. reuerſ* & vtilis dicebatur vel ratione durationis & curſus, vel potius quoniam non à die læſionis, v. e. quo vſucapio abſente aliquo impleta erat, ſed, vt dictum eſt, à die ſublati impedimenti currebat. Ratio antẽ, quã ex Dd. *Sſ de loc.* monetur, quod fruſtra dicatur currere tempus ignoranti, cum ex capite ignorantiæ reſtitutio concedatur, falſo nititur præſuppoſito, quod refutabitur *inf. th. 17. lit A.*

Niſi tamen reclamarit.] Dubium facit, quod elapſo tempore, actioni à lege præſcripto actio ipſo iure tollitur. Equidem ex ratione iuris veteris ſpeciale dici poſſit in reſtitutione minorum, quæ petitur implorato officio iudicis: verum & huic hodie quadriennium præfixum eſt. Facit *quod Bald, Caſtren & alij in l pen C. de temp. in int. reſt* tradunt, etiamſi recte ceptum ſit iudicium, ſi tamen poſt quadriennium ſententia feratur, eam ipſo iure eſſe nullam: & in terminis *Sſ Odd. p. 1. q. 19. art. 5.* (quem ſequor contra *Franc. Caldas in ſæpe d. l. 3. verbis infra tempora n. 1. in fin.*) ita poſt quatuor annos reſtitutionem peti non poſſe tradit, vt ſuper ea de facto petita, ſententia lata, ipſo iure nulla ſit. Plane ſicut alijs caſibus, quibus ipſo iure actio ſublata eſt, nihil opponente parte, cuius factum ſupplere iudex non poteſt, ita hic quoque de facto, ſi iudex elapſum quadriennium ignoret, ſententia ferri & ſuſtineri poſſit.

Etſi minori tempore læſus.] Articulum hunc difficilem vocat *Ord p. I. q. 19. art. 4.* vbi docet hac in re diſſentire legiſtas a Canoniſtis & recte ſentit contra Mautit. & Mud. *in d. l. vlt. C. de temp. in int. reſt* non debere plus reſtitui, quam abſtulit læſio, quod ſcil noceat negligentia, per quam intra tempus illud non petijt reſtitutionem: & *Iaſ. citat. loc.* intra tantum tempus reſtitutionem petendam docet, quanto quis fuit læſus, Eaque ſententia probatur *ex l 15. §. 3. l. 6 § 8 l. 28 §. 1 ex quibus cauſ. maior. fac l 10. §. 22. quæ in fraud. credit.* veluti ſi ponas vſucapionem contra aliquem cœptam, & vſque ad dimidium annum completam, & hunc per dimidium illum annum Reipublic. cauſa abfuiſſe, abſurdum ſane fuerit, reuerſo integrum annum vtilem

vel

vel hodie quadriennium cõtinuum, intra quod reſtituatur concedi, & cũ reuerſus non habeat reſtitutionem, ſi poſt eius reditũ aliquod ſpaciũ iuris cõmunis ſuperſit, intra quod actionẽ reſciſſoriam proponere queat, multo minus ei, qui ex cauſa abſentiæ paucis forte menſibus læſus eſt, totum quadriennium concedendum erit. Commentitia autem eſt Dd. diſtinctio, inter tempus ad quod fit reſtitutio, & intra quod peti debet, relata à Iaſon. & Sf Odd. *dd. loc.* eaq; à vulgato errore de duplici iudicio, profluxiſſe videtur. Nihil plane obſtat *Clem vn. de reſtit. in integ.* quæ non de tempore mouendæ cõtrouerſiæ, ſed finiendæ, tractat; quomodo etiam illũ locum accipit *Odd. d. q. 19. art. 4. numer.* 41. Et prætor actionem annalem introduxit, quod hoc tempus omnimodo ſufficere exiſtimaret, quandocunque tandem læſio duraſſet, non vero vt omnimodo ea caſu, quod breuiori ſpacio v. c. abſens quis fuit, integrum annum dare, & meliorem conditionem abſentiũ facere vellet.

THESIS IV.

Lit. A.

Metus liberam voluntatem tollit.] Voluntatem coactam ICti dicunt, quatenus ſtatum hominis cui vis infertur, conferunt cum ſtatu eius, qui ſuo arbitrio faciẽdi quod velit, relictus eſt, qui iſtud remoto metu & vi nunquam facturus eſſet: & ipſe *Ariſt. 3 Eth. 1.* actiones metu extortas appellat mixtas, ex inuito & voluntario: cæteroquin proprie loquendo voluntas cogi non poteſt.

Ideo non immerito quidam dubitant.] Immo immerito dubitari videtur, quod hoc expreſſo textu ſit deciſum *l. nec timorem, quod met. cauſ.* neque enim ferri poteſt, quod Oldend. *cl 6. act. 10.* id de infamia facti accipit. Sed ex altera parte pro Treut facit, quod ſi verbum & vinculorum metus ad edictum pertinet *l. 3. §. 1. & l. 7. §. 1. quod met. cauſ* merito etiam infamiæ metus eod. pertinebit, cum fama vitæ ſoleat comparari. In hac contentione duarum rationum ita dicendũ puto: edictum ad ea pertinere, quæ facto priuati inferri poſſunt: infamia autem vel authoritate legis vel ſententia iudicis irrogatur: verbera & vincula minitari & exequi poſſum: infamem facere in mea poteſtate non eſt: & ideo quod dicitur *in. 17. in f. quod met. cauſ potuit enim pati proditus, &c.* non ad accuſationem iudicialem pertinet, ſed ad id, quod ab eo cui prodendus erat, & cui iniuriam fecerat, ea de facto pati potuiſſet. Ex quibus etiam vera poteſt peti ratio ad *l. 21. in prim. quod met. cauſ.* vbi negatur locum eſſe reſtitutioni, ſi liberta patrono, quid dederit, ne ob ingratitudinem in ſeruitutem reuocaretur: quia ſcilicet ille metus non infertur de facto, neque patrono ius eſt, ſine cognitione magiſtratus libertam in ſeruitutem reuocandi.

Lit. B.

Quid ſi vi metuue.] Quæritur hic, an abſolutione opus ſit à iuramento, quod vi metuue extortum eſt. Et ipſe ſimplici diſtinctione vtitur, an factum ſuper quo iuratum eſt, ipſo iure prohibitum ſit nec ne. Cæterum Gail citat. loc plenius diſtinguit, & 1. an factum iure naturæ prohibitum ſit & vergat in diſpendium ſalutis, an ſecus 2. hoc caſu ſubdiſtinguit an factum iure ciuili permiſſum ſit an prohibitum: quo poſteriori caſu itidem abſolutione õpus non eſſe affirmat. Equidem iure ciuili de abſolutione à iuramento non diſputatur, ſed eo quæſtionis hic effectus eſſe videtur, an actus & iuramentum ipſo iure ſit nullum necne. Qua in re diſtinctioni Gail. eatenus locus erit, vt interſit, an actus iure ciuili permiſſus an prohibitus ſit: illo etenim caſu metus, nec actum ipſum, nec iuramentum efficiet nullum: licet Dd. ſpeciale ſtatuere ſoleant in iuramento *per Auth. Sacramenta C. ſi adu. vend. Iaſ. col. 7. Salic. n. 2 & alij ibid.*) hoc autem ſiquidem ipſe actus, iuramentum quoque nullum eſt, quoniam ſcilicet quod nullum eſt iure ciuili, nec iuramento firmari poteſt *arg. l. non dubium C. d. ll.* neque hic intereſt an iure ciuili an naturali actus illicitus ſit. Quæſtio autem de abſolutione Iuris Canonici propria eſt, ſecundum quod falſam puto illam partem diſtinctionis Gaillianæ, qua iuramẽtum metu extortum ſuper actu iure ciuili prohibito nullum eſſe putat, vt nec abſolutione ſit opus: quia cũ eiuſmodi actus contra bonos mores canonũ nõ ſit, iuramentum quoque per ſe ipſo iure nullum non erit, quia quæ natura eſt principalis eadem erit acceſſorij: & quod ſua natura citra vim & metum iure aliquo firmum & validum eſt, illud accedente metu non annullatur: & *ſupr. diſp. 6.* actum etiam iure ciuili nullum iuramento firmari oſtendimus *de quo Gomez. 2. reſol. 14. nu. 24.* Neque concludit ratio Gail. quod duplex ſit vitium, violentia & Legis prohibitio: quia violentia non facit actum nullũ, & prohibitio illa ſolius eſt Iuris ciuilis: vtique cum tale iuramẽtum nec ſalutem animæ, nec proximum offendet, ex ratione Iuris Canonici citra abſolutionẽ

non

non poterit violari: quod & tradit *Caſtr. in auth. Sacramenta, C. ſi adu. vend. nu. 9.*

LIT. C.

Prætor reſcindit.] Et ergo actus non eſt ipſo iure nullus: quod alias non opus eſſet reſtitutione. Idq. rationes Ethicæ oſtendunt, quod violentia illata non tollit voluntatem & electionē, cum etiam, omne minus malum in comparatione maioris quod euitatur, habeat rationem boni, quod voluntatis eſt obiectum & aliquot rationibus confirmat *Ariſt. 3. Eth. 1.* actiones metu extortas non ad inuitos, ſed ad voluntarios eſſe referendas. Neque adeo diſtinguendum hic puto inter contractus ſtricti iuris & bonæ fidei, neque inter metum incidentem & cauſam dantem contra Cui *in l. 36. d. V. O* de qua re cum Tr. agemus *infr. diſp. 28 th. 2.*

LIT. D.

Ad refundendum] Atqui hæc actio etiam in quadruplum eſt.

Vel exceptionem] Varie hoc edicto ſuccurrit prætor, vt docet *l. 9 § 3. & ſeqq. h. t. Cuiac. ad Paul. 1. ſent. 7* ita vt & in eadem ſpecie actio & exceptio concedatur, quæ proponitur *in dict.* 9. §. 3. vbi apparet, contra quam putat gloſſ. Pomponium reprehendi in ſecundo membro, quo re imperfecta tantum exceptione dixerat eſſe locum. Et in ſpecie illa extortæ cautionis actio ad id quoque vtilis eſt, vt ſi non acceptam ferat cautionem, condemnatio in quadruplum ſequatur. Quod autem re perfecta interdum ſit locus exceptioni, admittit. Vlp. quod Br. accipit de caſu vbi res forte ad eum, qui metum paſſus eſt, rediit: quamuis etiam vbi promiſſio ſola facta eſt, res ſuo modo perfecta dici poſſit.

LIT. F.

Non opus eſt proteſtari.] In ipſo videlicet actu, dum vis infertur: cæterum poſtea ſuper metu illato conteſtationem in tempore vtile & aliquando ob circumſtantiam perſonæ, quæ vim intuliſſe dicitur, neceſſarium videtur, vt in ſpecie *l. 2 Cod. de his qui pr. pt. med. iud.* ad quam L. cum ſe referat *Acc. in l. in omnibus de R. I.* male à Tr. pro diſſ. adducitur. Eſt plane ibi ſpecialis caſus, quo conteſtatio non tam ad probandum metum, quam ad inducendum effectum appellationis interponitur: vt adeo in dubio & regulariter nulla tali conteſtatione aut proteſtatione opus ſit: quoniam metus & vis æſtimatur ex ſe ipſa, & qualitates proprias, quibus arguatur & deſignetur, habet.

THESIS V.

LIT. A.

Perſonalis quidem.] Origine videlicet, quia ex delicto naſcitur: cæterum an actiones perſonales an reales ſint ab obiecto, contra quem videlicet dantur, æſtimari ſolet: & cum adeo actio quod met. cauſ. poſſeſſorem quemuis perſequatur, recte in rem ſcripta à Dd nuncupatur: eodemque redit, ſi ideo perſ. qui poſſeſſorem dicas, quia in rem prætor verba edicti concepit: *quod metu geſtum erit*: in quo ieiune ſubtilis eſt *Coraſ. 1. miſc. 22.* quamuis etiam ea verborum conceptio non operari poſſit plus quàm ipſa res, nec protinus efficiat, vt contra omnes poſſeſſores actio detur, *arg. l. 1. §. 1. de dolo malo.* neque hoc ignorauerunt Dd. vt patet *ex not. Br. in l. ſed & ex dolo. §. vlt. de dolo mal.* de quo pluribus *th. ſeq. C.* De mixtis actionibus dicemus *infr. diſp. 19. th. 1.*

LIT. B.

Eſt arbitraria.] Inſtituit hic tractationem non expedita de arbitrarijs actionibus, quæ iuxta varia exempla *in § præterea, Inſtitut. de action.* aliæ ſunt in rem, aliæ in perſonam: & ex his rurſum, quædam ex contractu, quædam ex delicto. Sunt item arbitrariæ aliæ ex natura ſua, aliæ ex accidenti, velut actio ex ſtipulatu, ſi alio loco agatur *l. 1. & 2. de eo quod cert. loc.* Ait autem primo Tr. quod non ſint bonæ fidei, ſed tertium gen⁹ conſtituant, quæ communis eſt Dd ſententia *in dict. § præterea.* Cui non obſtat. quod *in fid. d. §.* idem de his, quod de bonæ fidei actionibus *in § praced.* affirmat, *quod iudici ex bono & æquo permittatur æſtimare, &c.* quoniam phraſis illa, æſtimare ex bono & æquo, duplicem admittit explicationem, & dupliciter fieri poteſt, & ſecūdum naturam actionis, & propter extrinſecus accidens: illud in bonæ fidei iudicis, hoc in arbitrarijs, vt poſt Dd tradit *Iaſon. add. § præter ea in pr. & n. 41* ſi quis *d verſ. vlt.* ad ſpecialem actionē arbitrariā, de eo quod certo loco, referre velit. Deinde definit Tr. actiones arbitrarias, in quibus iudex tanquam arbiter honorarius, &c. Verum hæc definitio particularis eſt, quod ſcil. actionum harum non vna natura eſt, vt pluribus tradunt *Ioh. Fab. & Iaſ add. §. præterea.* & in ſumma duo genera, quæ confuſim à Iuſtin. proponuntur *in dict. §.* vel enim ita dicuntur, quod totum arbitrio iudicis cōmittitur, velut in actione de eo quod certo loco: vel ideo, q; arbitrium iudicis aliquod ſententiam definitiuam præcedat. Tentari tamen poſſit actionum arbitrariā

 eandem

eandem ferme, quæ actionum bonæ fidei eſſe naturam: ſed quoniam iſta appellatio actionum ex contractu propria erat, ideo actiones reales & quaſdam ex delicto, imo etiam ſtricti iuris, quæ eandem æquitatem, & officij iudicis laxitatem poſtulabant, diuerſo nomine arbitrarias appellatas fuiſſe: (vnde etiam his exceptiones doli ineſſe videntur *arg. l. ſumitus 48 de R. I. l. 38. & vlt. de pet. hared.*) quod in ijs quoque non diſſimiliter atque in bonæ fidei iudicijs arbitrio iudicis ſatisfieret actori: quod probatur *ex fin. dict. §. præterea* (quem nodum negat ſe expedire poſſe Iohan. Fab.) qui vnam aliquam actionis ſpeciem reſtringi non poteſt: ſicut & Dd. illa diſtinctio inter officium actioni proprium & accidentale, omnino commentitia eſt: quoniã hæc eſt iſtarum actionum natura, vt qui non reſtituit vel ſoluit, in aliud aut amplius condẽnetur: & quod de arbitrio, & ſententia quadam interlocutoria, definitiuam præcedente communiſſime traditur, ipſum dubium eſt, de quo agemus *lit. F.*

Lit. C.

Intra menſes quatuor à ſententia] Videlicet interlocutoria, ſiue arbitrio eo, quod ex opinione communi definitiuam præcedit. Verum rectius ſentiunt, qui hoc arbitrio iudicis committunt: vel quia hæc interlocutoria tantum eſt, qua, vt ipſe Treutl. lit. præced. iudex tanquam arbiter quidam rerum aliquid facere iubet: vel potius, quia exiſtimo conſtitutionẽ Iuſtiniani de quadrimeſtri ſpacio iudicatis dando, ad actiones perſonales, in quibus de pecunia ſoluenda agitur, minime autem ad eas, in quibus de reſtituenda re & corpore certo, quod penes reum eſt, pertinere: & ei qui rem penes ſe habeat, facileque reſtituere poſſit, abſurdum fuerit quatuor menſium inducias concedi: de quo agitur etiã *infra diſp. 26. th. 7. lit. B.* Cæterum apud *Bart.* citatum *in l. 2. C. de execut. rei iud.* hac de re nullum verbum.

Lit. E.

Quod tamen non vna eademq; ſententia.] Probatur hæc Treut. ſententia primo *ex prin. ſæpe d. §. præterea, Inſtit. de action.* ibi, *niſi arbitrio iudicis ſatisfaciat, condemnari debeat*: videlicet vel in quadruplum, vel quanti actor in litem iurauerit *l. 14 §. 1 & ſeqq. quod met. cauſ. l. 68. de rei vindic. & l. 2. ex § quadrupli i. de act. ibi, qui iuſſu iudicis.* Amplius *ex dict. l. 14. §. hæc autem 4.* vbi facultas reſtituendi dicitur, vſque ad ſententiam ab arbitrio datam: ex quibus verbis colligitur, poſt arbitrium & iuſſum iudicis, à quo hæ actiones denominantur, intercedere aliquod ſpacium, vſque ad ſententiam definitiuam: vt adeo procul dubio errent, qui duplicem hic petitionem, duplicemque libellum requirunt, (a quibus non videtur alienus *Iohan. Fabr. in fin. d. § præterea*) & duplicem ſententiam definitiuam *gl. ſſ. in §. quadrupli. I. de actionib.* Et ergo eod. hæc iudicio tractantur, & non parente reo ab eod. fertur definitiua. Accidit tamen, vt iuſſum illud degeneret in definitiuam, ſi v. c. in rei vindicatione actor ipſam rem habere, quam iuramento in litem æſtimare malit: hic enim iuſſum de reſtituendo: executioni omnimodo mãdatum eſſe, reſponſum eſt *in l. 68 de rei vind.* licet eum locũ à Triboniano corruptum eſſe probabiliter diſputat *Ant. Fab. l. 1. coniect. c. 7.* de quo infra *diſp. 15. th. 10.* Cæterum *Zaſ. in §. quadrup. I. de act. in fin.* poſt alios, totũ hoc, & vt reſtituere iubeatur, & ſub conditione non factæ reſtitutionis condemnetur, vna ſententia expediri exiſtimat: quod nõ conuenit textibus paulo ante citatis *in § quadr. & § præterea I. de act. & l. 14. §. 4 h. t.* Tentari poſſe crediderim, vt forte admonitio aliqua de reſtituẽdo procedere potuerit, ita aliquod ſpeciale arbitrium aut ſententiam de reſtituendo, neceſſariam non fuiſſe, ſed facultatem reſtituẽdi ex ipſa natura actionis & formula reo cõpetiiſſe, re intra moras iudicij nõ oblata ora ſtita, concluſione in cauſa facta, iudicem ſimpliciter in quadruplum, vel quãti in litem iuratum fuiſſet, condemnaſſe: in quam opinionem inclinat doctiſſ. Weſenb. *in par. hic n. 6 fac. tit. 14. §. 1 h. t* quæ probat facultatem illam reſtituendi nõ ex iuſſu aut arbitrio iudicis, ſed ex cõceſſione & edicto prætoris deſcendere: ſecundum quod ita etiam conceptam fuiſſe formulam *arg. d. l. 14 § 3 in fin. Si res non reſtituatur, condem.* Mouet quod etiam in actionibus bonæ fidei, qui rem non reſtituit, quanti actor in litem iurauerit, condemnatur: nec vlli bi tamẽ iuſſum aliquod ſpeciale præcedens requiri legimus: admonitionem autem aliquam interueniſſe, non repugnauerim, quale quid de actione doli probatur *l. 18 in pr. de dolo mal.* Non igitur à ſententia illa preuiã, ſed quod arbitrio iudicis actori ſatis fiat, dictas has actiones ſtatuendum eſt: vt fortaſſis aliquando iudex rectã ad reſtituendam rem ex cauſa potuerit condemnare, *arg. l. 68. de rei vind.* quod tamẽ vix permiſſum fuerit iudici pedaneo, at bene magiſtratui, de quo *d. l. 68.* interpolata à Triboniano, videtur accipienda

Diuerſo

Digitized by Google

Dignum annotatione.] Dignum notatu eſſe ait, quod *l. extat 13. h. t.* etiam porrigatur ad eum, qui rem non debitam nomine crediti occupauit. Atquin maior ratio eſt, vt hic teneatur pœna illa quam qui ipſam rem debitam occupauit. Quod tum ratio ſuadet, quia in re ſibi debita ius aliquod habere videtur creditor, tum argumentum ab actione furti, qua negatur teneri creditor, qui abſtulit rem ſibi pignoratam, *l. 55 de furt.* & emptor qui ſoluto precio rem ſibi venditam amouit *l. 4. § 1. de furt* qui tamen procul dubio furti tenerentur, ſi prætextu illius debiti aliam rem amouiſſent. Licet tamen illi furti non teneantur, ius tamen crediti eos amittere recte defendi poteſt ex generali textu *in d. l. 13. h. tit.*

Iudicis incompetentis.] Intellige ſi iudex manifeſto incompetens erat, & talem eſſe creditor ſciebat, cæteroquin creditor excuſatus erit.

Non tamen rectè ad eum.] Quod vis adhibita non fuit, ſatis hunc creditorem excuſare non poteſt, propter generalia verba *d. l. 13 h. t.* ſed patrocinium à conuentione petendum eſt: quod ſcil. præſumi poteſt exiſtimaſſe creditor, durare eandem voluntatem debitoris, qua concurrente, ceſſat pœna *d. l. extat h. t.* Ideoque aliud dixerim, ſi ſiue facto, ſiue verbis repugnante debitore, creditor fuerit ingreſſus: quod ſcil. ex ratione iuris ciuilis hoc quodammodo excedit naturam conuentionum, vt ex iis ius priuatim apprehendendi poſſeſſionem tribuatur: cæque ſententia eſt *l. 3. C. de pign.* vtcunque præceſſerit conuentio, autoritate tamen magiſtratus poſſeſſionem apprehendendam eſſe. Neque dubito errare eos, qui hic inter detentionem ſimplicem & poſſeſſionem diſtinguunt, & ius quidem ingrediendi, & in poſſeſſione manendi, ſed non poſſidendi ex conuentione propria etiam autoritate vſurpare poſſe exiſtimant. Enim verò Impp. ſimpliciter factum ingreſſionis improbant, & hactenus vt creditor a violentia excuſetur, conuentionem patrocinari docent: & in ſpecie illa non de nulla ingreſſione, quæ nullius fuerit effectus, ſed ipſa poſſeſſione conuentum fuiſſe, ratio ipſa, pignoris natura, & verba *L. poſſeſſionem exercent,* non obſcure euincunt, *v. Salic. ad L. 3. C. de pign. Col. in proceſſ. execut. part. 1. c. 5. n 17 & ſeqq & part 3. c. 5. n. 17.*

THESIS VI.

LIT. A.

Dolus malus quid ſit.] Remittit nos ad definitiones Seruij & Labeonis *in l. 1. §. 1. & 2. de dol. mal.* quo loco licet huius definitionem Vlpianus probet, ea tamen definitione Seruij videtur eſſe vitioſior; nam & eam definiendi rationem, qua Labeo vtitur, vel centum Synonima liceat cumulare.

Non eſſe ſubdititi.] Magis placet contra Tr. ſententia Hottomanni tum quia verba illa, *machinationem quandam alterius decipiendi cauſa,* apud Ciceronem non extant, tũ præcipue, quod reprehenſio ſubiecta directa eſt contra illa ſola verba, *cum aliud ſimulatur aliud agitur*: quæ reprehenſio, cæteris verbis adiectis, inanis & manifeſto falſa futura eſſet.

LIT. C.

Actionem reſciſſoriam.] Haud ſcio, an ita hæc actio in iure noſtro appelletur: & eſt ea eius naturæ, vt competat ad intereſſe, niſi arbitrio iudicis ſatisfiat *l. 18 in pr. & §. 1. h. t.* & eam reſciſſoriam eſſe negat *VVeſemb. in paratit. hic nu. 7. in fin.*

Quia perſonalis eſt.] Cornicum hic oculos configere voluit Coraſius, eodem modo hanc, & actionem quod metus cauſa in rem ſcriptas eſſe contendens ex frigida ratione, quod etiam in edicto de dolo malo ita loquatur prætor: *quæ dolo malo facta eſſe dicentur, &c.* Etenim non ex illa nuda conceptione verborum, ſed ex ipſa natura & qualitate totius actionis de hoc ſtatuendũ eſt, quod videtur innuere Bart *in l. 15. §. vlt. h. t.* Neque obſtat, quod actio doli etiam in alios, ad quos aliquid peruenit, datur: quoniam non datur, vt ita loquar, integra, ſed magis ſub qualitate actionis in factum, vt turpe lucrum auferatur: quod in omnibus actionibus ex delicto obtinet. quæ non niſi ineptè ex hac cauſa in rẽ ſcriptæ dicerentur: atquin actio quod met. cauſ. tota, & perinde vt aduerſus ipſum, qui metum intulit, aduerſus tertium poſſeſſorem conceditur. Et ipſe Coraſ *edictum in l. 1. §. 1. depoſ.* ex quo actio merè perſonalis eſt, in rem ſcriptum eſſe admittit, ſed frigidè replicat, aliam contractuũ, aliam delictorum eſſe rationẽ: quoniam ex hoc ipſo euincitur, à ſola conceptione primorum verborum edicti huius rei deciſionem non eſſe petendam.

LIT. D.

Cum doli exceptione.] Duo mouet Accurſ. tum quod ex eadem cauſa deſcendat actio & exceptio dol. *l. 2. in pr. de exception. dol* tum quod actio metus cum exceptione concurrat *l. 9. §. 3. quod metus cauſ.* Verum diuerſa ratio eſt, vel quod nec exceptio nec actio quod met. cauſ famoſa eſt, vel quod intereſt eius qui metum

Digitized by Google

paſſus eſt, actione quod met. cauſ. experiri, per quam non facta reſtitutione quadruplum conſequatur.

LIT. E.

Neque cum actione ulla.] Varia huic aſſertioni objiciuntur, quæ prolixius hic non exequimur, quoniam hic nihil ſingulare habemus: & illud de actione præſcriptis verbis ex art. facio vt des, *ad diſp. vlt. hac part.* 1. remittimus. Dubitari ſane poteſt annon cum actione alia famoſa concurrere poſſit actio doli: quod non improbabiliter tentat *Ant. Fab decad.* 9 *err.* 4. à ratione ceſſante prohibiti concurſus *in l.* 1 §. 4 *h.t.* tum etiã *per l.* 1. *C. h t. iuncta l.* 59. §. 1. *mand.* ex quibus locis probatur concurſus actionis mandati, quæ famoſa eſt, duriuſculum enim videtur, vt cum *Cuiac poſt Gloſſ in l.* 1. §. 4. *hoc tit.* actionem doli *in l.* 1. *C. eod.* de actione mandati quæ nomine doli mouerunt, explicemus. Neque obſtat quod *in l.* 5 *h.t* actio tutelæ & ipſa famoſa, excludit actionem doli: quia eſt de caſu ſingulari, diuerſarum perſonarum, & vt vnius famæ conſulatur, actio tutelæ potius in tutorem conceditur, cuius in ea ſpecie maior eſt culpa. Cæterum vbi contra eundem vtraque actio eſt, nihil eius intereſt, vtra cõveniatur. Neque dubitauerim cum actione doli actionem aliam famoſam ex delicto priuato concurrere, quod etiam firmat *l.* 18. §. 3. *de dolo iuncta l.* 52. § *maiora* 22. *de furt. v. Celſ. Bargalius de dolo libr.* 4. *c.* 1 *q.* 13. *n.* 78 *& ſeq.* In quo deſidero judiciũ, *Fabri qui & in l.* 7. *& in l.* 18. *de dolo.* concurſum actionis furti cũ actione doli negar. Planè qui defendere velit Tr. duplicem rationẽ prohibiti concurſus ſtatuere neceſſe habebit, iudicij de dolo, famoſitatem, & eiuſdem, vt ita loquar, extraordinarietatem: quæ poſterior ratio in actione mandati alijſque famoſis militat ſola, in alijs vtraque.

LIT. F

Niſi cum actione quod metus cauſ.] Ratio huius rei nõ videtur eſſe, in proclivi. Mihi magis placet ea quam Bart. affert *ad l.* 14. §. 13. *quod met. cauſ.* quod actio doli non concurrat cum alia pari, ſed benè cum maiori: & ſimpliciter exiſtimauerim, vbicunque delictum commiſſum eſt, locum eſſe actioni doli, multoque magis, vbi eiuſmodi delictum incidit in contractus, & edicto prætoris, non ſecus ac dolus vindicatur.

LIT. G.

Attingit hic explicationem *l.* 6. *C h. t.* & cum ipſo ſentio, parum intereſſe, ſive inſidijs, ſive iudicijs, legatur; verum illud non capio, quod aliud ad hypotheſin, alterum ad notionem generis vult referri.

LIT. H.

Ait hic, diviſionem doli in verum & præſumptum defendi poſſe, non obſtante, quod perſpicuis indicijs dolus probandus ſit Ar contra, vbi nõ eſt locus tranſlationi oneris probandi in adverſarium, ibi nec præſumptioni, quia hic eſt præſumptionis effectus, atqui hic non eſt locus, quia perſpicuè dolus probandus eſt: & ergo omninò obſtabit, quo minus præſumptus dolus admitti poſſit. Et ſanè in hac materia vbi de actione doli cõcedenda quæritur, diſtinctio iſta admittenda non videtur, ne quis ex præſumptionibus tam graui condemnatione afficiatur: alijs autem caſibus, & quo ad alios effectus eam admiſerim non inuitus.

THESIS VII.

LIT. B.

Etiam filia ad renuntiandum.] Aſſertioni huic triplex limitatio addenda videtur. 1. Niſi dolo inducta ſit à patre, quo caſu non actio doli, ſed ſubſidiaria in factum datur *l.* 5. *in fin. C. de dol.* 11. *fin. in eod* de quo genere actionis Tr. non loqui ex eo colligitur, quod demum lit. G. actionis illius in factum facit mentionem. 2. Niſi filia ſit minorennis quia ubi ex alio capite reſtitutio datur, ceſſat actio doli *l.* 1. §. 6. *h. tit.* 3. Niſi enormiſſimè læſa ſit quo caſu ex generali clauſula etiam maiores reſtitui, communis ſententia eſt propoſita *ſupra diſput* 6.

LIT. F.

Hæc ratio, cur biennium huic actioni præſtitutum ſit, quod ſit famoſa, claudicare videtur, ſiquidẽ multæ actiones famoſæ perpetuæ ſunt: niſi ita fulcias rationem, quod hæc actio ſit prætoriarum ex numero, quæ, ſi non ſint rei perſecutoriæ, annuo finiuntur. *l.* 35. *de oblig. at* qui annus vtilis *l. vlt D h. tit.* in biennium continuum mutatus eſt.

Nec litis conteſtatione perpetuari.] Hoc iiſdem incommodis laborat, quæ ſupra *th* 3. cõtra ſententiam Dd. qui cauſam reſtitutionis maiorum & minorum, intra continuum quadriennium omnimodo finiendam ſtatuunt, propoſuimus. Et videamus, an nõ commoda explicatione donari poſſit *l. vlt C. h t.* quæ Dd. quaſi inuitos, in iſtam abripuit ſententiam. Nimirum duo mutat ibi, & novè conſtituit Conſtantinus in tempore, quod olim actioni doli præfinitum erat vt biennium currat à tempore admiſſi doli & vt cõtinuo curratſcum olim curreret ex die ſcien-

tiæ

Digitized by Google

tiæ, & curreret tantum diebus faſtis. Hoc igitur dicere vult Conſt. *in d. l. vlt.* non eſſe poteſtatem incipiendæ actionis poſt bienniũ, vt dicat quis, ſi tum demum eſſe natam actionem ex ſcientia: nec cœptæ finiendæ, vt dicat quis etiam licet ſcienti quæſitam & natam, nondum eſſe finitã, quod videlicet agere non potuerit, dieſque fuerint nefaſti. Et vt abſurdum videtur, quævis etiã interpretatio tolleranda eſt, cum præſertim Conſtantinus eumque ſecuti Impp. non raro craſſius & minus accuratè ſoleant loqui.

LIT. H.

Aut quanti ea res eſt.] Plane inſubtiliter ait, convictum iuramento in litem definitive condemnari: quia per iuramentum non condemnatio, ſed rei fit æſtimatio, quæ per ſententiam definitivam actori adjudicatur. Sed & illud non ſatis rectè, reum juberi reſtituere, aut condemnari: quia imo hæc coniunctim fiunt, & regulariter arbitrium præcedit: cui ſi non pareatur, ſequitur condemnatio: vt adeò pro *iubetur* ſubſtituendum ſit *tenetur*.

THESIS VIII.

LIT. B.

Lapſos vel circumſcriptos.] Exceptio doli in rem eſt, quam adeò etiamſi minor reſtitutionem non petierit, nihilominus fideiuſſori competere crediderim *Gomez. 2. reſol. 14. nu. 4.* Quod autem de lapſo per facilitatem ſubjicit, proprias habet exceptiones, de quibus actum eſt *ſupra theſ. 2.*

LIT. C.

Mero officio.] Eſt hoc ſpeciale, quod in cæteris cauſis prætor ſubvenit cognitione iudicis, hic cognitione propria, qua de re etiam *Scip. Gentil. 2. de iuriſd. c. 22.* Et eſt tamen hoc non perpetuum: nam & hic aliquando judice dato res expeditur *per l. 13. §. 1. de Min.*

LIT. E & F.

Primò ætas probanda.] Vide de hac probatione prolixè *Sfort. Odd part. 1. q. 37 per totum. Maurit. cap. 315. & ſeqq. Rebuff de reſt. in int. gl. 3. num. 3 Fr. Cald. in l. 3 C. de reſtit. verb. minoribus n. 14 & multis ſeqq.* Parentibus autem eorumque depoſitioni plus æquo in hac materia tribuere videtur Tr. quoniam hic agitur de probatione ætatis, ad ſpecialem effectum impetrandæ reſtitutionis: vt merito parentum depoſitio ſuſpecta debeat haberi: & ob id probanda potius contra Tr. & Maurit. *c. 317.* ſententia eorum qui teſtimonium parentum ad ſummum facere ſtatuunt probationem ſemiplenam, quam communiorem opinionem eſſe colligitur ex notatis *Franciſc. de Cald. in l. 3 C. de reſt. in integr. verb. minoribus. nu. 13.* non obſtante *l. 16. de prob.* de qua *Bud. ibid. Alc. reg. 2. pr. 14 num 10.* facit quod nec libris parẽtum, in quibus natales liberorum deſcripti ſunt, ſimpliciter plena fides tribuenda eſt pertradita à *Sfort. Odd. d. q. 37. art. 12. & Menoch. de arb. iud. lib. 2. cent. 2. Caſu 116. num. 4. & 5. & lib. 2. præſumpt. 51. nu. 9. & 10.* Quod autem à Treut. de concurſu cognatorũ & extraneorum lit. F. proponitur, non ſatis capio, nec de eo quicquam apud citatum *Caſtrenſ. conſ. 138.* Planè quantum cognatorum teſtimonio propter præſumptam ſcientiam accedit, tantum ei ob falſitatis ſuſpicionem detrahitur.

LIT. H.

Id rectè trahitur ad prodigum.] Ratio qua Tr. vtitur à comparatione quæ eſt *in l. 3. C. de in integr. reſtit.* manifeſto claudicat, maximè ſecundũ eam ſententiam, quam perpetuo ſequitur Tr. quod minor etiam ſine curatore civiliter obligetur: prodigus autem nec naturaliter contrahendo obligari dicitur *arg. l. 40. de reg. iur. l. 6. de V. O.* adeò vt ex quorundam ſententia nec curatore quidem autore aliquid agere poſſit. Vbi autem actus ipſo iure nullus eſt, fruſtra quæritur de reſtitutione, adeoque locus erit quæſtioni, vbi prodigus ipſo jure obligatus & læſus proponitur: quo caſu non quidem ex edicto minorum, ſed iure minorum reſtitui poſſe prodigum, non abſurdè ſtatuere videtur *Sf. Odd. q. 3. art. 1.*

Etiam aduerſus geſta ante.] Occurrit hic eiuſmodi dilemma: quod aut reſpectu iſtorum habetur pro prodigo, & reſtitutione opus non eſt: aut pro non prodigo, & difficile eſt, vt cum iniuria alterius, qui bona fide cum eo contraxit, reſtitutio concedatur: cum præſertim ipſe Tr. paſſim, vt quis prodigus habeatur, interdictionem & decretum magiſtratus requirat. Niſi fortè eam ante interdictionem, hominis conditionem & adminiſtrandi rationem proponas, vt contrahens facile eum prodigum eſſe, & pecuniam malè perditurum potuerit judicare: hic etenim ſuccurrendum eſſe prodigo facilè admiſerim, *arg. l. 8 pro emptore*

An etiam ad rempublicam] Simpliciter hic negat beneficium reſtitutionis rebus publicis in contrahendo læſis Arquin *in l. 4 C. ex quib. cauſ. maior.* remp. publicam minorum jure vti dicitur: vix enim eſt vt admittenda ſit correctio, *maiorum*. Neque ſatis firmũ argumentum a jure ſcriptione

Digitized by Google

tione ſumitur, & videri poſſit ideo ſub eum titulum relata illa conſtitutio, quod Reſpubl. per ſe cõſiderata maiori potius quam minori videatur comparanda. Facit *quod in l.3. C de iure Reipubl.* dicitur Rempubl. iuvari vt pupillam. Et licet non Syndicos, ſed ipſam communitatē contraxiſſe proponas, non tamen Reſpub. quæ perpetua, & ratione ſingulorum in cõtinuo eſt fluxu, in ijs conſiſtit: cum præſertim ſemper in Republ. multi ſint minores, pupilli, &c. qua ratione vtitur *poſt Dd. Sf. q.3. art.9* vbi communē hanc tradit ſententiam, quod etiā aliæ Reſpubl. præter Romanam iure minorum reſtituātur, idemque de Eccleſia trad. *d. q. 3. art. 4. poſt Sich. & Dd. in d l.4. C. Ex quibus cauſ. mai & Maurit cap. 417.* Neque obſtat *l.27. de rebus cred.* quoniā reſtitutio præſupponit obligationem, tantum abeſt, vt hac poſita illa excludatur: facit *ead. l.* à contrario ſenſu, ſi pecunia in Reipubl. vtilitatem verſa non fuerit. Non obſtat etiam *l 22. in fin. ex quib. cauſ. maior.* quoniam non ſunt contraria, temp. iuvari vt maiorem, & vt minorem, pro diuerſitate videlicet cauſarū, & prout Reſpubl. vel propter impedimentum aliquod inſtar abſentis, vel in contrahendo læſa proponitur: quomodo crediderim, quod etiam minor v.c. ex impedimento aliquo læſus, ex capite de maioribus reſtitutionem petere debeat. vel eo argumento, quod *in d.l.22.* edictum illud etiam ad furioſos & infantes pertinere affirmatur. *Adde not. inf. diſput. 20. theſ 5 lit. A*

THESIS IX.

LIT. A.

Initio hac lit. aſſerit reſtitutione cõtra venditionē impetrata, pretiū non eſſe reſtituendū à minore, niſi emptor in vtilitatē & vſum eius adverſum & erogatū probet. Quod etiā communē ſententiā referunt & ſequuntur *Maurit. c.215. Sf. Odd. p.15. q.47 art.4. & 5. Cald. in l 3. C de reſtit. in int. verbis, per quod priſtinum iure n* 3. Sed videtur ea & nimis dura conditio emptoris, & ſententia ea aduerſari *l.24. §.4 de minor.* vbi vna tantū limitatio proponitur, ſi emptor tū dederit pretiū, cùm minorē eā perditurū non ignoraret. Neq; obſtat *l.27.1 de minor.* quia loquitur de mutuo, qui contractus pure voluntarius eſt, ſed ex cauſa venditionis emptor ad preciū ſoluēdū neceſſitate iuris aſtringitur: quæ differentia apertè proponitur *in d.l.24. 4.* Præſupponendum enim eſt, contractū ipſo iure validū, & ſolutionē bona fide factā fuiſſe *Gl. & Bar ad L 10. C. de prædiis min. Ant. Fab. C ſi tut. vel curat. interven. def. 1.*

An verò pace rupta.] Ait, elegantis eſſe conſiderationis, an pace rupta, quam minor curatore autore inierat, pœna per ſtipulationem promiſſa committatur. Atqui hoc minimè elegantis conſiderationis eſſe, imo ne quidem rationem dubitandi habere videtur, cum minorem conſenſu curatoris contraxiſſe proponat, quo quidem caſu cõtractum validum eſſe nemo vnquā dubitauit, & validitate contractus præſuppoſita, non poteſt non committi ſtipulatio. Eaque vera decidendi ratio eſt, ſicut illa vitioſa qua Treut. vtitur, ne claudicet contractus, ex qua etiam pupillo ſine auctoritate tutoris promittente, pœnam committi ſequeretur

In tantum vt ne quidem] Connexa quæſtio eſt, an pœna ita cõmiſſa minor reſtitui poſſit. Quod malè à Tr. negari puto: quia cum regulare ſit ex omnibus cauſis & contractibus minorem reſtitui, nulla ſufficiens ratio dari poteſt, ob quam hic caſus ſit excipiendus Neque quicquam pro Tr. facit doctrina, ad quam ſe refert *ex th. 12. lit. C.* quod in delictis minori non ſuccurratur: quia hic non de reſtitutione adverſus delictum, ſed adverſus ſtipulationem inconſultam, qua ad pœnam pecuniariā ſe obligauit, quæritur: quæ cauſa diverſa planè eſt a cauſa delicti, videlicet ruptæ pacis, cui pœna legitima inferri debet, neque ei adæquata eſt à contrahentibus ſtipulationi inſerta pœna pecuniaria: & quæ in coeūda pace nullo modo neceſſaria fuit: & videtur hic lapſus Treut in verbo: *pœna*, quod hic non pœnam aliquam delicti, ſed ſummam aliquam ſtipulationi pœnali inſertam ſignificat: Et hāc, quod minor aduerſus talem pœnam conuentionalem reſtituatur, omnium ſententiam eſſe teſtatur *Odd. p.2. q.82. art 10.*

An etiam contra tertium.] Tractatum hoc fuit *th.1. lit. D.* Quale ſubſidium intelligat, non ſatis aſſequor: quoniam curator conueniri non poteſt, niſi vbi interuenit culpa, qua etiam abſente poteſt reſtitutio minori dari, Ideoque nō tam in ſubſidium, quam potius ſi minores rem ipſam habere interſit, eum etiam contra tertium reſtitui dicendum eſt *per l.13. de minor.*

LIT. B.

Verba Treut. ita ſe habent: Reſtituitur minor aduerſus cõtractum de iure ſubſiſtentē, etiamſi is mediante iuramento celebratus ſit. Quæ ſententia falſa eſt, & in eo conueniunt omnes *in l. 1. & auth. ſeq. C ſi aduerſ. vendit.* per iuramentum contractui valido adiectum, excludi reſtitutionem, Qua de cauſa pro, *vſi*, legendū videtur *niſi*,

idque

Digitized by Google

idque ſuadent citata *lit B.* & quæ ſequitur *lit C.* ampliatio, *& ſi iuratum eſſet ſuper contractu alias invalido* & vtique ineptius eſſet, qui ſtatuens etiam contra contractum validum iuratum reſtitutionem eſſet, id ampliaret de contractu invalido, cum illo admiſſo in hoc plane nulla dubitandi ſit ratio: quamuis alias ampliatio illa, vtpote ad regulam de contractu valido, parum ſit ſubtilis. Sed mutationi iſti reſiſtit, quod *lit. D. & E.* ſubiicit, multò magis reſtitui minorem præmonitus non fuerit de beneficio ſibi competenti: quippe quæ omninò exigunt, vt in præcedentibus minori reſtitutio conceſſa fuerit. ſicut etiam in allegatis *lit. C.* quæ traduntur in verſ *multò magis agitur*, expoſcunt ſententiam affirmativam, reſtitutioni videlicet non obſtante iuramento locum eſſe: quod rurſus non conuenit cum eo quod *lit. C.* adducit *cap. quamvis de pact in 6.* quod vtique iuramentum vult ſeruari. Sed alij viderint, quomodo hæc ſint componenda. rem ipſam videamus.

LIT. G.

Super contractu aliâs invalido.] De hoc tractatur etiam *inf. diſp. 21. th 2 lit. B.* Vetus controverſia fuit inter Martin. & Bulgar de ſententia *auth. ſacramenta. C ſi adv. vendit.* Hunc ſequuti ſunt Vltramontani, quod ſit explicanda de cõtractu iure valido, quod etiam placet *Sichard. in d. auth.* vbi errorem vulgarũ appellat opinionem Martini, qui de contractibus etiam invalidis intellexit, quem ſequuti ſunt Citramontani, *Bart. Bald. Salicet. Caſtrenſ. in d. auth Gomez. 2. reſol. 14. numer. 18* vbi de communiſſima opinione praxi & vſu recepta atteſtantur. Intelligunt autem contractus invalidos, non ob defectum ſolennitatis, nec ob conditionem obiecti. ſi quid turpe vel contra bonos mores contineatur, quin nec prohibitos iure communi, ſed tantum iure ſpeciali & ſingulari, videlicet ſi minor ſine curatore aut decreto iudicis contraxerit vel alienaverit hanc etenim, quod minor ſine curatore nulliter contrahat, communem Dd. ſententiam eſſe conſtat Eoque in communem illam Martini ſententiam proclivior ſum, cum præſertim ad ſolum remedium quod propter ætatem competit Dd illam auth. reſtringant, ita vt minor non excludatur a remedijs quæ iure communi etiam maioribus conceſſa ſunt *Bart num. 14 Salic numer 22. Caſtrenſ numer 10 Iaſon col. antepen. Gloſſ. & Bald. in l. 1. Cod de reſcind vendit Gomez. 2. reſol. 14 numer 20* Neque adeò obſtat *l. non dubium 5. C. de ll.* quæ de eiuſmodi nullitate & invaliditate non loquitur *Cyn. latè hic. nu 2. in fin. & alij Dd ibid.* Neque etiam verba Auth. *ſuper contractibus retractandis*: quoniam verba præſertim in reſponſis Impp. Germanorum, captanda non ſunt: & ex authoritat. iuris Canonici actus iure ciuili inualidi vt iuramento confirmantur. Non obſtat denique, quod eadem facilitate minor iuret, qua contrahit: qua ratione poſt Iaſ. etiam vtitur *Maurit. cap 112. numer. 4.* quia ſi hoc attendendum eſſet, effectus iuramenti in confirmandis actibus aliàs invalidis, planè tolleretur. Et vt diximus, excluditur ſaltem beneficium minoris ætatis, quod ſæpe ob rem modicam conceditur. Neque adeò, licet aliud videatur Cyn & Sichard. ita odioſa cenſeri debet iſta auth. cum potiùs favorabile ſit, conſulere periculo animarum: quo Imp. Fridericus reſpexiſſe, & propter autoritatem iuris Canonici, quæ tum magna fuit, iuramentis robur addere voluiſſe, credendus eſt: vt rectè ſentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. ſi advers vend gratia, auth.* illam ab Irnerio ſubiectam putant. Et ergo iuramentum tollit defectum nullitatis & reſtitutionem, vt loquuntur *Bart numer 3. & Salic numer. 1. idem probat Caſtr num 2. & 7. Sich. nu.* 20 quam etiam communem ſententiam, quod non detur reſtitutio tradit *Sfort q 20 art. 6. Gomez 2. reſolut 14 num.* 18. & proinde neque abſolutio à tali iuramento concedenda eſt: *Caſtr. in d. Auth. nu.* 8 quod alias ita per indirectum eluderetur conſtitutio Friderici, & quod *Iaſon d. auth col 9. & 10 ex Alexandr.* refert, iura iſta quæ iuramentum confirmant, & reſtitutionem negant, ſervirent nobis de vento, & verbum *inviolabiliter*, non haberet effectum: *Mynſ. Decad 11. conſ 3 num. 12 & ſeqq.* cui argumento non ſatisfacit Maurit. *c. 116. & ſeqq* vbi omnimodo abſolutionẽ admittit & *Rebuff tit. de reſt gl. 1 numer. 4.* vbi abſolutionem & reſtitutionem admitit, etiamſi etiam reſtitutionis beneficio iuramento eſſet renunciatum Rectius *Gomez.* qui *var. reſol. 2. c. 14 numer.* 21. tradit, etiamſi obtenta ſit abſolutio, non tamen audiendum minorem, & eum ſaltem à crimine periurij liberari De hoc tamen ex cauſa ſtatuendum, & ſi læſio aliquanto gravior ſit, vel aliæ circumſtantiæ ſuadeant, quandoque à magiſtratu Eccleſiaſtico ad effectum petendæ reſtitutionis abſolutionem concedi poſſe, nõ omninò negaverim. *Gab Mud in d. auth.* Ex his colligere licet, explodendam eſſe ſententiam *Iaſonis in dict auth. ſacram. col 2. & 8.* vbi exiſtimat nec contractum validari per iuramentum, nec

impe-

Digitized by Google

impediti reſtitutionem, ſed hoc tantum decidi *d. Auth.* quod iuramẽtum ſit ſeruandum, eo autem præſtito, reſtitutionem aut condictionem non negari, quam etiam opinionem ex Ign. & Gutier. proponit & ſequitur *Fr. Cald. comm. in l. 3 Cod. de reſtitut. in int. verbo, minoribus n. 4.* Quod procul dubio repugnat ſententiæ *l. 1. & d. Authent. C. ſi advers. vend.* quæ ita nõ rebus, ſed verbis poſitæ eſſent, eoque admiſſo etiam contra contractum iure validum firmatum iuramento reſtitutio daretur: Neque movet *cap. debitores de iureiur.* vel quia de ratione iſtius cap. diſputari poteſt: vel potius quia hoc eſt ſpeciale odio vſurarum, & quod inducitur peccatum in creditore: quomodo poſt Dd. *notat. Paul. Caſtrenſ. in d. Auth. num. 9.* cæteroquin iuramentum contractum firmare, eiuſque efficaciam ad hæredes tranſire ibid. tradit *poſt Salicet. in ead. auth. nu. 25.* & poſt multos *Gomez. 2. var. reſol. 14. n. 19* de quo etiam ſupra *diſput. 6 th. 7 & lit. D.*

LIT. D.

Si præmonitus de beneficio.]Fusè hoc tractat *Iaſ. col. 13.* vbi tutius eſſe ait, vt minor certioretur, quo etiam probat *Sichard nu. 12.* licet videatur in puncto iuris verior ſententia contraria *Bart. n. 16.* quem ſequitur *Maurit. c. 113 Gomez. 2 var. reſol. 14 nu. 18.* ſiquidem hic agitur de confirmatione contractus per iuramentum, in quo ſemper præſumitur deliberatum propoſitum: cum præſertim beneficium hoc non ordinario, ſed extraordinario iure competat. Vide etiam *Salic. n. 20.* & quæ notantur *inf. diſp. 15 th. 5 lit. B.*

LIT. E.

Vel ſi impubes eſſet.]Controuerſus hic articulus eſt inter Dd. & communis hic diſtingui video inter ius Canonicum & Ciuile: neque tamen abſurda videtur ſententia, vt etiam ex ratione iuris ciuilis per iuramentum pupilli doli capacis contractus validetur, quam etiam ſententiã Doctoribus tribuere videtur *Bart. in d. Authen. n. 9.* & magis probare *Salicet nu. 8.* (qui tamen an contractus ſit validus, necne? diſtinguere videtur.) ſequitur *Fr. Cald. in l. 3 C. de reſtit. in integr. verb. minoribus nu. 8. & 9.* tum quod in eiuſmodi pupillum cadat vinculum iuramenti, tum quod hic etiam ex contractu obligetur *l. 2. de fideiuſſ.* & omninò eiuſmodi pupilli & minoris ead. videtur ratio: qua de cauſa verbo, *puberum*, quod diverſæ ſententiæ autores ponderant, ex identitate rationis contineri poſſunt. Vide etiam *Caſtrenſ. in d. auth. n. 6. & latius Iaſon. col. 4. & 5 & Cyn. num. 10,* vbi ex eo aliud ſentit, quod auth. hæc ſit iniqua & odioſa *& Bl. col. 3. Gomez. 2, var. reſol. 14. n. 18.*

Quod per iuramentum.] Puto hoc velle Dd. quod minor propter iuramentum æquè efficaciter obligetur, atque quivis major.

THESIS X.

LIT. A.

Interim tamen minor &c.]Hæc ſub th. præced. tractanda, non divellenda, neque cum diverſis quæſtionibus coniungenda erant. Sed & quodammodo confundit iuratum contractum, & iuratam renuntiationem. Efficitur autem ex hoc, quaſi per modum exceptionis propoſito, ſi citra dolum adverſarij minor iurauerit, reſtitutioni locum non eſſe. Cæteroquin Dd communiter, quod *in d. auth. ſacramenta* de vi & metu dicitur, etiam de dolo accipiunt, *Covarr. de pact. p. 3. §. 4 n. 3.* & iidem ex ratione Iuris Canon. abſolutione nihilominus opus eſſe dicunt teſte *Iaſon colum. 7.* Cuius rei hæc ſolida mihi videtur ratio, quod omne iuramentum quod non offendit bonos mores Iuris Canon. eod. iure valet: adeoque cum diſputatio de abſolutione iuramẽti tota ſit Iuris Can. eo quoque iure abſolutione opus erit. Et verò vbi quod iuratũ eſt, citra periculum ſalutis & offenſionem proximi ſeruari poteſt, toties vinculum ex ratione Iuris Canon. iniicitur animæ & conſcientiæ, quod adeò vinculum per abſolutionem ſoluendum eſt. Et hinc etiam expedita mihi videtur quæſtionis illius deciſio, cuius paulò antè facta mentio, an Iure Can. per iuramentum actus aliàs nullus confirmetur. Siquidem enim ſolo iure ciuili nullus eſt, firmari reſpondebo. cæteroquin nõ firmari, quin hoc caſu nec iuramentum ſeruandum, nec abſolutione opus eſſe, prorſus vt regulariter ita ſe habeat, vt quo iure actus ipſe prohibitus & nullus eſt, eo nec iuramentum aliquod operetur. Iure autem Can. illi demum actus ſimpliciter prohibiti & invalidi creduntur, qui offendunt pietatem, & nutriunt peccatũ, ſuper quib. ſc. iurare peccatum eſt, & grauius peccatũ, quod iuraueris ſeruare. Secundum quæ falſa erit Tr. ſententia hac lit. A. vbi dolus interuenit nec abſolutionem à iuramento deſiderari. Nec movet *auth. Sacram. pub.* vel quia dicuntur nulla ratione effectus, quod retractari poſſunt fac. oppoſitio *in pr. Auth.* vbi inviolabilis obſervatio exigitur: vel quia illa auth. ad forum ciuile non cõſcientiæ pertinet. *v. etiam Maurit. cap. 119.* Nec mouet, quòd vulgò traditur, dolum cauſam dantem bonæ fidei contractibus facere eos ipſo

Digitized by Google

iure nullos, vel quia hoc ipſum expeditum non eſt, vel quia iuramentum quod ad hunc effectum cum ſtipulatione potius comparandum videtur, vel denique quia illa quædam iuris ciuilis ſubtilitas eſt, quam periculoſum ſit admittere in iuramento quod obſtringit animam, & cum iurans Deum ibi aduocauerit teſtem, vix effugiet labem peccati, ſi non impetrata abſolutione contraueniat iuramento.

Lit. B.

Si nondum ex diſtracta ſit.] Obijcitur *l. vlt. C. de repud. hæred.* per quam alij ius vetus correctum putãt *Donell. 7. comment. 2.* alij ſpeciale eſſe putant *d. l. vlt.* quod in minore ætate res diſtractæ proponuntur. (Non rectè, quia de eod caſu loquitur *l. 24. §. 2. de minor.*) Alij inter extraneum diſtinguunt, & ſuum, de quo nominatim agitur *in d. l. vlt.* non obſtante verbo *d. l. 24. omiſerit* (quod ad ſuum hæredem pertinere videtur,) quoniam referri illud poteſt ad omiſſionem per lapſum temporis, vt reſpondet *Cald. in l. 3. C. de reſt in integr. verb. Læſis n. 47 & ſeqq.* Fulgo: denique diſtinguit inter gradus rei non integræ: ſi tantum res diſtractæ ſint ſimpliciter admittit minorem, ſi verò etiam ſatisfactũ creditoribus nō admittit, iuxta *l. 24 de minor* quod hic minor tantum petat reſtitui ad lucrum, qui antea propter onera repudiaverat hæreditatem: quam diſtinctionem probat *Gabr. Mud. in l. C. ſi vt ab hæreditate, &c. v. etiam Sf Odd. q. 63. art. 2*

Lit. C.

Pro ea rurſus deferenda.] Obijcitur *l. vlt. §. pen. vbi autem pueriles C de bon. quæ lib.* per quam aliqui correctum putant *l. 7. §. reſtitutus. de minor.* Frequentius placuit, ſpeciale eſſe in patre, contra quem obreuerentiam ei debitam ſemel reſtitutum eſſe ſatis ſit *Maur. cap. 132. Sf Odd. q. 16. art 9 Ant Fab. in rational ad L. 7. § 9. ff de minor.* neque novum eſt, vt aliquando ratio ſit generali deciſione. Sunt alioquin caſus illi diverſi: *in d. l. 7* minor reſtitutus vt adeat, iterum reſtituitur, vt repudiet, & ita certat de damno vitando: *in l. vlt.* reſtitutus vt repudiet, non reſtituitur iterum, vt adeat, & ita certat de lucro captando.

THESIS XI.

Lit. A.

Si indebita ſolvat legata.] Cum quæritur, quomodo minori indebita legata ſoluenti ſuccurratur, diſtinguit Tr. an ſoluerit ſine curatore, an cum eo: illo caſu condictioni locum, hoc reſtitutione opus eſſe. At verò quo iure vtitur maior, eod. vtitur minor, qui cum curatore cōtraxit: & igitur ſi ille conditionem indebiti habet, vt probatur ex *l. 2. §. 1. cum ll. ſeqq de cond indeb.* etiam habebit hic. Neque obſtat *l. fin. C. ſi adverſ. ſolu.* quæ eſt de caſu ſoluti indebiti per errorem iuris: vbi reſtitutionis beneficio opus eſt, quia ex regula iuris condictionis remedium ordinarium ibi locum non habet: *Salic. ad L. 2. C. ſi adverſ. ſolut* idque ſecundo loco attingit Tr. ſed in eo offendit, quod pro iiſdem habere videtur, ſolvere ex imperfecto teſtamento, & ſoluere errore iuris: quomodo etiã labitur lit. B ſimpliciter aſſerẽs errorem iuris eſſe, ſoluere legata ſine detractatione Falcid. quid enim ſi hæreditatem ſoluendo eſſe exiſtimet?

Lit. C.

Si curatori ſolutum fuerit.] Atquin hic nihil actum eſt cum minore, & ſolutio ritè & iure permittente facta eſt *per l. 46. § 5. in fin. de adminiſtr. tutor.* vbi reſpondetur debitoris hoc caſu ipſo jure eſſe liberatos. Et ſpecialis videtur caſus *in l. 1. C. ſi adverſ ſolut.* videlicet ſolutionis à tutore factæ curatori, quod fortè in ea ſpecie minor prætẽdebat pecuniam quæ ex adminiſtratione tutelæ debebatur, non rectè nec integrè ſolutam fuiſſe: aliàs difficile fuerit minorem ita reſtitui, vt iterum eam pecuniam ſoluere cogatur debitor, cui nihil planè imputari poteſt, & qui ſoluendo curatori ipſo iure liberatus eſt *d. l. 48. §. 5. de admin. tutor facit l. 7. §. 1 de minor.* vbi hoc remedium proponitur debitori vt petat minori dari curatorem: quod remedium inutile eſſet, ſi debitor curatori ſecurè ſoluere non poſſet. Atque ita omninò de iure veteri ſtatuendum puto Sed poſtquam Iuſtin autoritatem iudicis interuenire voluit *l. 25. C. de admin. tut. §. vlt. Inſt. quib. alien licet.* eſt quod imputetur creditori, quod omiſſa hac ſolennitate ſoli curatori ſolvit: dabimuſque adeo hic reſtitutionem minori ſi pecunia malè collocata & curator non ſolvendo fuerit: eſtque hæc quam pleniorem Dd. appellant liberationem, quia non omninò ſecurus ſit creditor, licet rever. obligatio tollatur. Minus rectè eam plenam vocare ſolent, quæ fit ipſi minori ſine curatore: quippe cum hic ipſo iure ſcil. actio ſuperſit, & debitor tantũ exceptione, ſi pecunia adhuc penes minorẽ extet, defendatur: & rectius *Gabr. Mud in l. 1. C. ſi adverſ ſolut.* hunc infimum vocat ſecuritas gradũ. Vide etiã *Sf. Odd. q. 52 art. 2. & Ant Fab. lib. 17. conject. 13.*

Lit. D.

Si iubente iudice.] Addendum erat ſolennitatem

tem iſtam neceſſariam non eſſe in ſoluendis annuis reditibus *ex l.25.C.de adminiſtr.tutor.* Et hāc liberationem pleniſſimam appellant Dd. quia liberatur debitor citra metū reſtitutionis. Cui obijci ſolet, quod contra venditionem etiam decreto judicis factam minorem reſtitui conſtat. Ratio differentiæ afferri ſolet, quod hic iudex intervenit tātum permittendo, illic autem quaſi iubendo & compellendo, qua de cauſa aliqui cōtradictionem debitoris requirunt. Sed aliàs perſpicua ratio eſt, quod à debitore pecunia debita exigitur, quam ille, cum ex cauſa præcedenti ſolvere neceſſe habeat, iniquiſſimū fuerit, cum nullo modo poſſe eſſe ſecurum. Vide *Maurit.cap.178. Gab. Mudaum. C.ſi adverſ.ſolut. Caldas in ſæpè d.l.3. C. de reſtit. verbis. implorare in integrum,num.2.& verbo.læſis.nu.57. & ſeqq. Gomez.2.variar.reſolut.14.n.4.*

THESIS XII.

Lit. A.

Proponitur hic regula negativa, quod minor adverſus præſcriptionem regulariter non reſtituatur: & tamen in exegeſi tradit, quod contra præſcriptionem cōuentionalem & legalem triginta annorum detur reſtitutio: ita vt duo hæc longè inter ſe diuerſa, præſcriptionem currere, & non dari reſtitutionem, confundere videatur. Et ideò contrario modo ponenda eſt regula affirmatiua, contra præſcriptionem dari reſtitutionem, quibus videlicet caſibus præſcriptio currit, velut in conuentionali, *de quo v. Maurit. c.95.97.98.99.* & triennali legali non temporali: quod generaliter conſtituit Iuſtin. *in l.vlt. C.in quibus caſibus &c.* cum quibuſdam caſibus nec olim curreret: vnde occaſione ſumpta, vt alibi ſæpè in vniverſum ſtatuiſſe videtur Iuſtin. *in d.l.vlt.* quod videtur velle *Gabr. Mudaus ibid.* idque eſt, quod poſt Salicetum & alios ſcrupulum mouit *Paul. Caſtrenſ. in d.l vlt.C in quibus caſibus in integr.* (non autem *in l.vlt.C.ſi quis ignorans, &c* in quem locum Caſtr. non ſcripſit, & quem tamen à *Maurit.c.94.* citari putavit Tr.) quod vix poſſint oſtendi exempla præſcriptionum temporalium, quæ olim cucurrerint contra minores: ideoque ille actiones quaſdā prætorias temporales exempli loco proponit. Ideoque fallitur Treutl. Caſtrenſ. & Doctoribus imputans, quod nullam iure Digeſtorum præſcriptionem minori currere exiſtimant, quod iure Cod. ſit ſecus, in quo poſteriori magis adhuc fallitur, & *poſt l.vlt C.in quib. cauſ. in integr.* nemo dubitare poſſit, quin præſcriptiones temporales minori non currant. Non malè Cuiac. *in l 30.h.t.libr.3.quæſt. Papin.* diſtinguit inter præſcriptiones, quæ ipſo iure ius aliquod perimunt, & quæ tantum ope exceptionis: ita vt illæ etiam iure veteri cucurrerint contra minores *l. 7.§. pen & l. 30. de minor.* hæ autem etiam iure antiquo non cucurrerint *per l.2. C. in quibus cauſ. in integr.reſt & l.3.C.de quib.non obiic. longitem &c.* vt adeò hactenus *in d. l. ult* ius novum fecerit Iuſtinian. quod indiſtinctè nullæ exceptiones temporales aduerſus minorem currant. Eodemque pertinet diſtinctio ex ratione iuris veteris inter præſcriptionem & vſucapionem: vt ſc. illa adverſus minorem non cucurrerit *per d. l. 3. C.quib.nō obiic.&c.* hæc autem vtpote ciuilis acquirendi modus, quæ nec interrumperetur per litis conteſtationem, etiam aduerſus minorem fuerit impleta, quod perſpicuè probat *l.vn.C. advers.vſucap.*

Alter diſtinguit Duarenus] Propoſitio prima ex Duareno eſt; minorem ipſo iure tutum eſſe contra præſcriptiones temporales, niſi ſint temporis longiſſimi. Quæ exceptio videtur minus commoda, cum tempus 30. annórum in locum perpetui ex conſtitutionibus ſucceſſerit, ita vt hodie actiones triennales perpetuæ dici poſſint, *ar.pr Inſtit. de perpet. & tempor. action verſ aliquando tamen.* Altera eſt, quod contra præſcriptionem 30.annorum reſtituatur minor. Vbi dubium facit *l 3. C. de præſcript 30 annor.* vbi ſola pupillaris ætas excipitur. Exiſtimo enim contra *Duaren.Caſtr.& alios in l vlt. C. in quib cauſ. in integr.reſtit.* quod Imp. *in d.l.* 3. non nudū curſum temporis reſpexerit, ſed effectum rei, itemque *Iuſtin in d.l.vlt.* ibi *exceptionibus 30. annorum.in ſuo ſtatu manentibus:* quod aliàs ſiquidem reſtitui contra has exceptiones, easque ita non obeſſe minori Iuſt. voluiſſet, potius ne ipſo iure currerent, conſtituiſſet, ex eadem ratione, qua & temporales actiones ipſo iure currere prohibuit: quod ſc. melius ſit intacta eorum iura ſeruare, &c. maximè cum incongruum ſit, ex perſona alterius mutari ius poſſeſſoris: quia non poteſt poni caſus præſcriptionis quæ cœperit contra minorem, quod tempus quadriennii elapſum eſſe oporteret, (neque enim probandū, quod *Sſ Odd.tradit.quæſt 90.art.1* præſcriptionem etiam 30. annorum non currere minori, contra quem cœpit.) ſed eius quæ cœperit contra defectum: ita enim communiter ſtatuunt Dd. currere quidem contra minorem, ſed reſti-

tutio-

tutionem dari, *Sfort. Odd part. 2 quaſt 88. art. 4. & quaſt 90 art. 1. n. 3. Franciſc. Caldas in l 3 C. de reſtitut. in integr. verbis. ſua facilitate n. 46. & 48. gl. in l 3. C de praeſcript. 30. ann. & ibid Salice Cyn & Caſtrenſ in l. ult. C. in quib. cauſ in integr reſtit* Tertia propoſitio eſt, contra vſucapionem opus eſſe reſtitutione. Hoc verò iure veteri obtinuit, ſed emēdatum videtur perſæpe *d. l ult C. in quib. cauſ. &c.* quod ipſum fortè Treutl. dicere voluit, dum ait falli Duar. exiſtimantem, quod conſtitutio *d l. ult.* non pertineat ad præſcriptiones nouo iure introductas.

LIT. B.

Non minor aduerſus minorem.] Nimis indefinita limitatio eſt Treut. *niſi diuerſa ratio*: vide diſtinctius *Maurit. c. 218 Odd. p. 1. q 18. art 4. & 5.* vbi docet tum demum reſtitui minorem contra minorem, ſi hic de lucro captando, alter de damno vitando certet.

LIT. C.

Siue omittendo ſiue committendo.] Nimis quoque indiſtinctè hoc affirmatur, ſed ſaluari ex eo poteſt Treutl. quod addit in th ſi dolus minoris appareat. Verum cum etiam in contractibus minor, qui dolum admiſit, non reſtituatur, ſimpliciter quærendum eſt, an contra delictum in omittendo reſtituatur minor. Vbi initio diſtinguendum eſt, inter ea quæ natura ſua delicta ſunt, & quæ L. ciuili pro delictis habentur, quo caſu ſuccurri minori cōmuniter omnes ſtatuūt, teſte *Odd q 80 art. 2.* veluti ſi mater non petierit tutorū liberis *l ult. Cod ſi aduerſ delict* ſi minor nō ſoluerit vectigal *l. 9 §. pen. h t. Sf. Odd. q 82. art. 1.* ſi non vindicata morte defuncti adiverit hæreditatem *l. 1. Cod. in quib cauſ in integ reſtit. Sf d q. 82 art. 5.* ſi omiſerit implere præceptum teſtatoris *Sf. d. l. art 6.* Non autem ſuccurritur ei, ſi non redemerit patrem ab hoſtibus, & hoc tamen ita demum ſi maior ſit octodecim annis *ex auth. ſi captivi. C. de Epiſc & Cler. Nou. 11, c. 3 § 13.*

Secus ſi lata culpa.] Dubium & hoc videtur: quod aut quærimus de caſibus & delictis, quibus dolus & lata culpa non comparantur, & hic etiam maior pœna ordinaria non puniatur: aut in quibus comparantur, & hic tamdiu ſtandum [illegible] regulæ, donec probetur exceptio in perſona minoris: quæ quidem neque à Tr. neque à Cotaſ allegato loco ſatis probari videtur, ſiquidem nihil ſuadet, vt aut *in l. 1. C. ſi adverſ. delict.* aut *in l. 9 §. pen de minorib.* latam culpam excludi dicamus cum hoc caſu animus & dolus non rectè abeſſe dici poſſit.

LIT. D.

In quibus non habeo veram contumaciam.] Rationem reddit Treut. quod minor ante ſententiam verè contumax eſſe non poſſit. Quàm non ſatis aſſequor, quod non appareat, quomodo minor contumax ſit futurus poſt ſententiam &: vt quæſtioni locus eſſe poſſit, non ponendus eſt minor ſine curatore litigans, quo caſu proceſſus ipſo iure nullus eſt, ſed ponēdi ſunt termini habiles quibus in minorē contumacia cadere poſſit, nimirū, ſi litigat cum curatore, cuius quippe præſentia eum non excuſat à delicto & dolo, vt rectè *Cald. in l 3. C. de reſtit. verbo, laſit, n. 3.* & diſtinctius hoc tradit *Sf Odd. q. 82 art 7.* vbi etiam notat non tantum cōtumacem poſſe eſſe minorem, ſi citatus dicat ſe nolle comparere, quæ vera contumacia eſt, ſed etiam ſi reſtituere iuſſus non pareat; cuiuſmodi quidem contumacem non eſſe reſtituendum verius exiſtimaverim. Neque obſtat *l. 8. h. tit.* vel quia accipi poteſt de eo qui nō verè cōtumax fuit, vel quia vt ſæpè *d. art. 7. q 82. tradit Odd.* ſententia lata, non amplius conſideratur contumacia, ſed hoc ſolum, quod per ſententiam minor læſus eſt.

LIT. E. & F.

Sfort. Oddus q. 79. art 9. Communem ait eſſe ſententiam, quod iudex pœnam mitigare teneatur ob circumſtantiam ætatis: & ſiquidem admittamus, regulariter pœnam eſſe mitigandam, quod ipſe Tr. admittere videtur, inde ad neceſſitatem mitigandi, rectè infertur: quin ſiquidem ex ſententia Tr. iudex pœnam mitigare poteſt, parum aberit, quin illud facere teneatur: quia hic diſputatur non de magiſtratu ſupremo, ſed inferiori, imperium merum habēte, qui arbitrium liberum pœnas irrogandi nō habet. Non improbabiliter etiam inter ſpecies ætatis minoris diſtingui poſſit, *arg. de auth. ſi captivi, C. de Epiſc & cleric. N 115. c. 3 § 13.* Sed de hac re proprius locus eſt *inſr p. 2. diſp 31.*

LIT. G.

Si confeſſus ſit delictum.] Contrariam ſententiam admittit. Treutl. niſi metu vel errore facta fuerit confeſſio. Atquin apparet opinionem illam, quam in th. proponit, quod aduerſus confeſſionem reſtituatur minor, non aliter habere locum, quam ſi errore vel imprudentia facta prætendatur, & aliunde de delicto non conſtat: cæteroquin nulla deprecatio pœnæ aut reſtitutio erit iuxta *l auxilium 37. h. t Rebuff. de reſt. in int. gl. 3. num. 24. Cald in ſæpe d. l. 3 verb.*

ſua facilitate n.32. & verb. vel aduerſarij dolo nu. 30.

THESIS XIII.

LIT. A.

Si venundari ſe patiatur.] Ratio optima videtur, quod lex improbo homini, animo decipiendi alterius turpiſſimum lucrum captanti, hanc quaſi irrogat pœnam, vt ſeruus efficiatur; Sed alia ratione vtitur ICtus *in l. 9 §. 4. h. tit.* quod propter mutationem ſtatus res non capiat reſtitutionẽ: cui obijcitur *l. 3. §. 6 h. t. & l. 2. de in int. reſt.* Dicendum quod *in d. l. 9.* verbum, ſtatus, in poriori accipiatur ſignificatu, & ideo ICtus reſtitutionem neget, quod totus ſtatus mutatus, & alius homo effectus ſit atq; ita poſt Dd *Maurit. c. 241. Sf. Odd p. 2. q. 55.* niſi quis dicendũ putauerit, propter mutationem ſolam ſtatus per ſe, non dari reſtitutionem, ſed propter læſionem in alio, vt in ſpecie *d. l. 3. § 6 h. t.*

Contra patrem patronum] Diſtinguit hic Tr. inter reſtitutionem quæ fit iure actionis, & quæ officio judicis, vt illi quidem, non huic contra parentes locus ſit. Atquin contra maior aut certè æqualis ratio eſt inhibẽdæ reſtitutionis, quæ fit iure actionis: quia cum hic in re conſideranda ſit reverentia parẽtibus debita, magis ea læditur inſtituta actione reſtitutoria, quam implorato officio iudicis, ſiquidem hoc in rem eſt, actiones autẽ illæ, verbi cauſa doli. vel metus à parente illati, in perſonam, quæ etiamſi verbis in factum temperatis concipiantur *iuxta l. 11. de dolo.* famam tamen ſugillant *arg. l. 2. de obſeq.* & ideò non, quod odioſior eſt pater, qui dolum commiſit, quàm qui aliàs cum filio contraxit: ſed magis attendenda eſt reuerentia paterna: & ſi læſio facit, vt nõ ſatis famæ parentis precatur, multò magis faciet, vt citra vllã parentis notam iudicis officiũ imploretur: facit quod *in d. l. vlt. C. ubi & aduerſus quos,* hæc quorundã diſtinctio proponitur, dandam eſſe reſtitutionem, ſi minor ſimplicitate ſe lapsũ, non dolo circumſcriptoquæratur: & ſane illo genere non accuſatur pater, ſed ſimplicitas & error prætenditur: qua de cauſa etiam contra decreta & ſententias iudicum etiã ſupremorum, & contra quoſcunque etiam bona fide celebratos actus, huiuſmodi reſtitutio conceditur. Et eſt tamen ea quam Tr. proponit communiſſima Dd ſententia *Cyn. & vulgò Dd in l. vlt. Maurit c. 224 Sf Odd q. 18 art. 1. Cald in l 3. C. de reſt. verbo læſis n. 115 Accur. in l. 11. de dolo Cuiac. & Ant. Fab ibid. Gilbert. Regius 1. ένανι. op. 15.* qui omnes ſtatuunt, quod Iuſtin. *in d. l. vlt.* tantum agat de reſtitutione, quæ beneficio ætatis datur. Verum in contrarium mouet tum paulo antè adducta ratio, tum ea qua vtitur Iuſtin. *in d. l. vlt.* quod procul dubio hæ ipſæ perſonæ cauturæ ſunt, ne quid opinioni ſuæ contrarium exiſtat: quæ ratio præcipuè ad reſtitutionem ex cap. doli vel metus pertinere videtur: tum denique, quod *in d. l. vlt.* improbatur expreſsè diſtinctio, an minor ſimplicitate læſus proponatur, an dolo circumſcriptus quo vtique caſu actioni in factum locus eſſet. Secundum quæ videri poſſit, (quod placet *Gabr. Mud. in d. l. vlt. C qui & a. v quos*) derogatum eſſe legibus Digeſt. & forte etiam C. quas adducit Tr. quibus tamen non omninò malè reſponderi videtur a Dd. directo ibi reſtitutionem nõ impetrari contra patrem, quod tum demum fieri dicatur, ſi & contra patrem & factum patris veniatur. *Odd. d. q. 18. art. 1. Cal dict. l. 3 verbo læſis nu. 157. Gabr. Mud poſt Dd in d. l. vlt. C. qui & adverſ. quos.* Ideoque non obſtat *l. vlt § pen C de bon. quæ liber.* quoniam ibi nihil pater cum filio cõtraxit: non etiam *l. 3. § 6 de minor.* quæ eſt de patre extraneo, & vbi illi ipſi actui, per quem pater factus eſt, læſio inhæſit. Plane *ex cap. de maior.* ex cauſa abſentiæ vel alterius iuſti impedimenti filium contra patrem reſtitui omnino admitto, quam communem Dd. ſententiam refert & ſequitur *Odd. d. q. 18. art. 3. Cald. in d. l 3. verbo læſis num 156. Gabr Mud in d. l. vlt. C. qui & aduerſ. quos.* Porrò, vt hoc obiter addamus, quod contra patrem actio doli, & quævis famoſa negatur *l. 11. de dolo § 5. 6. & 7 de obſeq* ei obijcitur *l. 52. § furt.* vbi filio contra pat. etiã actio furti datur *Cuiac in d. l. 11. poſt Accur. in d. l. 52* explicat illum locum de actione furti vtili in factum *Faber in d. l. 11* diſtinguit inter filiumf. & emancipatũ, quod illi quidem pater furti teneatur, non autẽ huic. Verum & illa reſponſio verbis textus, & hæc diſtinctio rationi aduerſatur, cũ facilius emancipato, quàm filiofa. actio cõcedenda videatur. Et ideò forraſſis videantur textus paulò ante adducti, de actione famoſa ex cauſa contractus accipiendi. delicta autem adeò exoſa eſſe vt ne parentũ honori parcendũ ſit *fac. l. 1 § 43 de vi & vi arm.* Neque obſtat quod *in d. l. 2 de obſeq* iniuriarũ quoque actio in patrem negatur quia amplius diſtinguã inter delicta & ſpeciale dicam in iniuria, quæ æſtimatur ex perſona iniuriati & iniuriãtis, & præcipuè ex huius animo, qui deeſſe intelligitur in patre, qui nõ animo diffamãdi aut iniuriãdi, ſed potius caſtigãdi, vel etiã iure patris, aliquid quod aliàs ex ſe iniurioſũ eſt, in filiũ

iactaſſe

iactaſſe & dixiſſe præſumitur. Sed præſtat fortaſſis ſequi Accurſ. quod aliàs & magis coniugi contra coniugem actio furti danda eſſet.

Ad quas benè reſpondit.] Labitur hic Tr. dum *l. 2. C. ſi aduerſ. rem indic. & l. 2. ſi aduerſ. donat.* inter eos textus referat, quibus de reſtitutione iure actionis expediendæ tractatur.

Lit. D.

Veniam ætatis impetrauerit.] Rectè Tr. quod reſtitutionem illam ad contractus futuros reſtringit, per expreſſiſſimum textum *in l. 1. C. de his qui veniam ætatis*, ſed iniuriam facit Caſtrenſi, quaſi hic etiam contra contractus præteritos reſtitutionem concedi velit: de cuius ſententia vel inde conſtare poteſt, quod reſtitutionem contra veniam ætatis obtentam publicè velit intimari & ſignificari, quod etiam *C. n. & cæteri Dd. in d. l. 1* tradunt.

Lit. F.

Licet iurauerit.] Tres hic caſus ſi minor ſe maiorem dixerit rectè diſtinguit *Maurit. c. 170.* ſi minor dolo hoc fecerit, ſi aduerſarius minorem vt hoc affirmaret, dolo induxerit, ſi minor ſe ipſum, & aduerſarius citra dolum alterutrius maiorem exiſtimet. Primo caſu reſtitutio denegatur: Secundo conceditur, etiamſi iuramentum minoris interuenerit, quia vtiquè prodeſſe aduerſario dolus non debet, quæ communis Dd ſententia eſt, *teſte Odd. q. 24. art. 5.* Tertio caſu itidem reſtituitur minor, niſi iuramento corporali maiorem ſe affirmauerit: de quo ſc. l. caſu accipienda eſt *l. 3. C. ſi minor. ſe maiorem*, in eoque lapſus *Maurit. d. c. 170.* in eo ſuauis quod conſtitutionem *d. l. 3.* quæ eſt Diocletiani, de iuramento, quod præſtatur tactis Euangeliis, interpretatur.

THESIS XIV.

Lit. A.

An cùm ordinarium appellationis.] Ita loquitur Tr. atque ſi ſemper concurreret remedium appellationis cum petitione reſtitutionis in int. contra ſententiam: & tamen proculdubio etiã lapſis fatalibus interponendæ reſtitutio ea peti poteſt. Cæterum durante adhuc appellandi facultate non videtur contra ſententiam concedenda reſtitutio: vel quia regulariter per remedium ordinarium excluditur extra ordinarium, vel *quia l. pen. C. ſi adu. rem iud.* meminit neceſſitatis remedij reſtitutorij, vel denique quia non cum iniuria partis aduerſæ, & vt adimatur ius denuo agendi minorẽ reſtituit prætor, ſed quia aut non iure ſententia dicta, aut quædam ad cauſam pertinebant, omiſiſſe minor proponitur: quæ omnia cum in inſtantia ſecunda corrigi & ſuppleri poſſint, nulla reſtitutionis concedendæ eſt neceſſitas: & alias verba *in dict. t. C. aduerſus rem iudicatam*, videri poſſint habere emphaſin, & ſignificare ſententiã, quæ appellatione ſuſpendi non poteſt, ſed vt vulgò loquuntur, tranſiuit in rem iudicatam. Poſſit aliquando vel propter moras iudicij vel propter impenſas vtilius eſſe minori, cauſam coram iudice priori retractari: aliàs ſufficeret minori ſolam reſtitui appellandi facultatem.

Lit. B

Etiam contra curatorem latam.] In his verbis homonymia ineſt, quia aut ſignificant latam eſſe interueniente curatore in iudicio, aut ſententiæ verba in ipſum curatorem eſſe concepta. Illo modo neceſſe eſt ſententiam ferri ſemper contra curatorem: quia aliàs nulla eſſet; quod ſcilicet minor ex ſe in cauſa propria ſtare in iudicio non poteſt. Hoc modo neceſſe non eſt: ſi tamen factum ſit, quia in cauſa minori, ſententia lata eſt, reſtitutioni perinde locus eſt, atque ſi in perſonam ipſius minoris ſententia directa fuiſſet. Plane non tantum minor cum curatore, ſed etiam curator ſolus nomine minoris in iudicio comparere poteſt; eoque caſu proculdubio in ipſum curatorem ſententia concipietur.

Lit. C.

Quid ſi tempore ſententia] Non ſatis hic commodà videtur diſtinctio Treutl. an res perſpecta fuerit ante legitimam ætatem, an non: quia iudicium, de quo hic tractatur, non dicitur perſpectum, niſi poſt ſententiam, ante quam in hac ſpecie minor læſus dici non poteſt: & probatur *ex l. 1 Cod. ſi aduerſus rem iudic. & l. 3. §. 1. & 2. h. tit.* ſi poſt minorem ætatem impletam ſententia feratur, reſtitutionem non dari, niſi fraude aduerſarij tempus fuerit extractum *vt Salicet. v. L. 1. num. 5. & ſeqq. C. Si aduerſ. rem iudic.* Ant. Fab. Rational *ad l. 3 ff. h. t.*

Lit. D.

Nouo libello litiſq; conteſtatione.] Generaliter tradunt Dd. vbi reſtitutio petitur, libello & litis conteſtatione eſſe opus *Cald. in l. 3. C. reſtit. in integr. verbis, infra tempora num. 14. Odd quæſt. 31. art 8.* Ideoque non debebat hoc à Tr. circa eam ſpeciem, vbi reſtitutio aduerſus ſententiã petitur, proponi. Et eſt hoc conſequens ei, quod duplex iudicium *Dd.* ſtatuunt: & vtique cauſa plenè cognoſcenda, & partes citandæ ſunt *l. 29. h. t.* vt perinde hic eſſe videatur, ac ſi prætor ex-

tra ordinem cognoſceret. Et Tr tamen ſibi ipſi contrarius hanc ſententiam improbare videtur, verbis, *parum apte*, citato ad hoc Mauritio, ex quo tamen quid ſibi velit Treutl. non ſatis intelligitur: ille vtique, cum opus ſit citatione & cognita cauſa, litis quoque conteſtationem requirit. Haud ſcio, an Tr. ad ſubtilem iuris veteris rationem reſpexerit, ſecundum quam in huiuſmodi iudicis officij imploratione, litis conteſtatione propriè dicta op⁹ fuiſſe nō videatur.

Aliàs plenè, aliàs ſummariè.] Videri poſſit hæc diſtinctio, non ſatis accõmodata ad illam procedendi rationem, quæ fit implorato officio iudicis. Et hic tamen non ſatis ſibi conuenire videtur Tr. dum allegat Bar. diſt. qui tamen teſte Mynſingero hoc ipſum ſtatuit, quod etiam ſummariè procedi poſſit.

THESIS XV.

LIT. A.

An minor læſionem ſatis probat.] Proponitur hoc loco paulo alienari, & pertinet *ſub t. 8. lit. E.* vbi de probatione ætatis: vtrumq; enim, & ætas, & læſio probanda eſt: & eſt hoc aliàs generale præceptum, ad omnes actiones pertinens, vt iudex diſpiciat: an quiſque intentionis ſuæ fundamentum probauerit.

Quid ſi aduerſarius contra.] Nulla hic dubirandi ratio: quod ſi enim minori probanda incumbit læſio, quanto magis audiendus erit, qui minorem læſum non eſſe oſtendere paratus eſt. Cæterum illud aliquam dubitationem habet, an minori ſemper probatio læſionis incumbat: vbi ſcrupulum mouet *l. 1. Cod. ſi adu. credit.* quæ onus probandi aduerſario imponere videtur: qua de cauſa *Cyn. & Bart.* & alij creditorem fœneratitium illum locum reſtringunt: quod rectè improbat Pinellus loco citato: & hactenus verum eſt, quod Treutl. ait *dict. l. 1.* eſſe generalem, id eſt, vt de quocunque mutuo, non tantũ fœnebri accipiatur. non autem de creditore ex quocunque contractu. Cæterum *gloſſ. & Dd.* variè accipiunt *d. l. 1. C. ſi aduerſ. cred.* alij minorem primo læſionem probaſſe, alij ſpeciale in mutuo, quod minor pecuniam malè collocaſſe præſumatur, ſtatuunt: vbi conſiderandum & hoc videtur, quod in ſpecie *dict. l. 1.* non per modum implorationis officij iudicis, ſed potius per modum exceptionis, creditore actionem ex mutuo mouente, reſtitutio peti videtur.

LIT. D.

Si nihil quam geminatum.] Vide de hoc etiam *Couar. de pact. part. 3. §. 4. num. 12.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Eſt ſtatus permutatio.] Rectè hoc quidem aliàs, ſed non ſatis rectè ad hanc materiam, quæ tantum ad minimam capitis deminutionem pertinet.

LIT. B.

Ita enim omnino legendum] Non capio, quid *in d. l. 6* de vulgata lectione mutare velit, quæ ita habet: *priuata hominis & familiæ eius iura, non ciuitatis amittit*: nam & particula, *eius*, omninò retinenda eſt, & fruſtra ſollicitatur, verbum, *amittit* quo *in l. 7. in pr. eod. t.* eodem planè ſenſu vtitur ICtus.

Sed an etiam tutelas.] Tractat hic de explicatione, & lectione, vel emẽdatione *d. l. 7. in princip. h. tit.* & ipſe quidem ſequitur Hottomannũ, qui fingit cauſam ſingularem eiuſmodi: Titius ex duobus filijs, cum vnum in adoptionem dediſſet, altero impubere relicto deceſſit. Tutela inquit Hottomannus, ipſo iure quidem defertur maiori, qui in adoptionem datus fuit, ſed quia familiam exijt, tutela perijt, nimirum quia ex illius ſententia tutela legitima ipſo iure delata, nec offendens ſubiectũ habile, perire dici poteſt. Verum tria obſtant huic explicationi, 1. Quod cum ICtus *in d. l. 7.* quaſi regulam, ſeu vtique exceptionem generalem ponat, nonniſi ineptè illud ad caſum ſingularem reſtringi poſſit. 2. Quia hac ratione non eſſet exceptio, cum etiam datiua & teſtamentaria tutela in aliena poteſtate poſitis, & quidem cum effectu deferatur: & inconcinnum videtur explicare ICtũ de caſu filij in adoptiuam poteſtatem tranſlati, cum generaliter loquatur de ijs, qui in aliena poteſtate ſunt, in qua etiam filius antè adoptionem erat: etenim *in d. l. 7.* qui in aliena poteſtate ſunt, ijs qui ſui iuris ſunt opponuntur, 3. Verũ non videtur legitimam tutelam tranſlato in alienam poteſtatem per adoptionẽ, ex ratione iuris antiqui deferri: quia cum agnatis tãtum deferatur, adoptatus agnationis & familiæ iura amiſit: qua de cauſa ſpeciali conſtitutione opus fuit Anaſtaſij, per quam emancipato, in quo tamen minus euidens eſt & minus realis familiæ mutatio, ius tutelæ legitimæ cõſeruaretur, ſed neque rectè hoc caſu tutela perire dici poteſt. Nõ planè abſimiliter Accurſius verba ICti, *quæ deferuntur*, contortè ita explicat, id eſt, quæ perſonis illis deferentur, ſi in alienam poteſtatem & ius non fuiſſent tranſlatæ. Ex quibus explicationem Hottomanni, minimè pulchram, vt

male

male eam Treutl appellat, eſſe conſequitur. Et cum Cuiacij qui Tribonianum in notis erraſſe fingit, ſententia, planè diuinatoria ſit, *inpr d. l.7* verba *exceptis his*, vel expungere, vel cum Haloandro negationem addere præſtat.

Verba, & tutela à Triboniano.] Dubitare licet: ſiquidem *in l. 7.* etiam fit mentio tutelæ, quæ defertur ex SCtis, quæ nouæ leges in ipſa *l. 7. in fin princ.* vocantur, cuiuſmodi etiam noua lex *in princ. p.* neceſſario intelligenda eſt, alia videlicet quam l. XII tabb. vt rectè ibidem notat Accurſius, vix enim eſt, vt ea verba ad l. Titiam ſiue Attiliam, ſecundum quam magiſtratus tutorem dabant, commodè referri poſſint.

LIT. C.

Tractatur hic quæſtio, an etiam hodiè emãcipatio pro capitis diminutione ſit habenda. Vbi negatiua ſententia eademque communis, contra Tr. mihi verior videtur: Quia iure nouo effectus iſtius capitis diminutionis ſunt ſublati, ita vt emancipatus v.c ab inteſtato extra cõtrouerſiam, & ex veriori ſententia etiam ex teſtamento iure ciuili ſuccedat. 2. Quia omnia ſolemnia emãcipationis ſublata ſunt, & ea hodie fit per ſimplicem aditionem magiſtratus: vt adeò non appareat, quomodo illa mutatio familiæ contingere, & per nudam illam de manu dimiſſionem iura agnationis tolli & amitti poſſint. Et videtur ea nuda fuiſſe & mera iuris ciuilis ſubtilitas & ſcrupuloſitas, quod per emancipationem familia mutari dicebatur, videlicet propter trinam venditionem, de qua *Caius 1. inſtit 7 Conon. 2. comment.* 13. & inde imaginariam in ſeruitutem deductionem *l. 3 §. 1. de cap. minut.* Vtique cum emancipatus vtpote ciuis, neceſſariò familiæ iura habeat, rei veritate inſpecta, aliam quam patris ſui familiam habere non poteſt. Equidem Conan. 2. *comment. 13, in fin* obiter dicit, quod emancipatus patriæ is tantum poteſtati ſubducatur, ſed gentem retineat: ex quo videri poſſit aliud de gente, aliud de familia ſtatuendum: illam quidem retinere, hãc verò amittere emancipatum. Ita verbi cauſa, in gente Cornelia plures erant familiæ, Coſſorũ, Scipionum, Lentulorum, &c. Verum Conan. familiam amitti expreſsè non ait nec quicquã, quo iſta diuerſitas ſirmetur, adducit & ſi veram rationem cõſideramus, familia & gens ſeſe mutuo conſequũtur, neq; qui ſine familia eſt, gentem, & ex aduerſo qui in gente eſt, familiam quoq; habere videtur, & aliàs ſequeretur, quod ad emancipatos, gentilium vtiq; tutelæ & hæreditates delatæ fuiſſent, quod tamen ex ratione iuris noſtri falſum eſt, quo tantum cognationis ius retineri dicitur. Et igitur ſublatis illis ſolennibus, venditionum & manumiſſionũ, nihil amplius ſupereſt, in quo imaginaria illa capitis diminutio & familiæ mutatio, fundari poſſit. Neq; obſtat, quod emancipatus non acquirat patri: quoniam nec qui in poteſtate eſt omnia patri acquirit, quinimò ex conſtitutionibus Iuſtin. pleraque non acquirit: ſed & ij qui per dignitatem patria poteſtate liberantur, & quos capite non minui conſtat, patri non acquirunt. Quod ſi quis dicat, eo ſenſu familiam mutari dici, qui antea familiæ pars & alteri ſubiectus erat per emancipationem, ipſe pater & caput familiæ efficitur: eo quidem ſenſu hodieque emancipationem capitis minutionem eſſe concedam, ſed eiuſmodi minutionem in iure noſtro intelligi negabo: quod hæc ſola conſideratio & diuerſitas obſtare non poſſet, quo minus filiusfamilias emancipatus *ex l. ciuili XII. tabb.* ſuccedere poſſit, licet non vt ſuus, tamen vt agnatus, quia hæc ratio mutationis familiæ non poſsit tollere iura agnationis: & hoc modo, etiam qui morte patris aut dignitate ſui iuris efficitur, capite minui dicendus eſſet. Et omninò, vt concludamus, emancipatio hodie ſtatus mutatio dici & definiri non poteſt.

THESIS XVII.

LIT. A.

Propter abſentiam.] Mancus hic eſt Treut qui tantum agit de reſtitutione abſentibus danda contra præſentes: cum tamen etiam reſtituantur præſentes contra abſentes, per quos res illorum vſucapta eſt, *§. rurſus & ibi Iohan. Fabr. Angel. Iaſon. Zaſ Gomeſ. & alij Inſtit de action.* Etenim quod *in l. 1. Cod. de annal except.* non valenti agere currere præſcriptio negatur, ad impedimentum iuris non facti pertinet, vt poſt Dd. notat *Iaſon. in dict. §. rurſus. nu. 24.* & latè *Ludou. Gomeſ. ibid. num* 14. Sed illud controuerſum eſt, an hodie reſtitutio hoc caſu peti poſsit, poſtquam iure nouo *l. 2. Cod. de annal except.* ordinarium remedium interrumpendi præſcriptionem proditum eſt. Id quidem communiter à Dd. affirmatur *Iaſon. dict. loc. num. 23. Ludouic. Gomeſ. ibid. num. 12 Gloſſ & Bart. in l 26. §. vlt ex quibus cauſ maior. Sf. Odd part. 1. quæſt. 12. artic. 4.* quod ſcil. licet præſens potuerit interrumpere preſcriptionẽ, nõ tamẽ contra abſentẽ in defenſũ plenè ſuũ poterit cõſequi, neq; ex illa nõ interruptione, præſumi debeat, quod dominus cõtra abſen-

Digitized by Google

abſentem reuerſum ius ſuum perſequi noluerit: quod rectius dici videtur, quam vt cum Gomeſ. *d. loc. dict. l. 2. Cod. de annal. except.* ab abſentem vagabundum reſtringatur. Me tamen in contrarium mouet, quod reſciſſoria actio facilè dari non debet ei, cui imputari poteſt, quod remedium ordinarium neglexit: & cauſa reſtitutionis (quæ in læſione ſola, ex completa præſcriptione, quam ante impedire non poterat, oriente, conſiſtit) ceſſante, ipſa reſtitutio ceſſare debet: & cum actio reſciſſoria prodita ſit ad reſcindendam vſucapionem, & interrumpendam præſcriptionem, poſtquam per remedium *dict. l. 2.* hic effectus obtineri poteſt, & ita actio prima conſeruari, (quæ rectè contra communem Dd. reſponſionem *in dict. §. rurſus nu. 12.* mouet Gomeſ.) vix eſt vt actio reſciſſoria negligenti dari debeat; quæ ex non diſſimili negligentiæ cauſa, ei, contra quem reuerſum præſcriptio completa eſt, denegatur.

Aliud in relegato dicemus.] Hæc pertinent ad caſum reſtituendi abſentis contra præſentem. Illic quidem l. cum agitur de reſtituendo præſente contra abſentem, inter abſentiæ ſpecies non diſtinguitur, de quibus vide Ludouic. Gomeſ. *in dict. §. rurſus num. 3. & ſeqq. Iaſon. num. 6. & 7.* & alios Interpp. *ibid. Maurit. cap. 333. Sfort. Odd. part. 1. quæſt. 5. artic. 5.* Hic autem ut reſtitutioni locus ſit, iuſtam abſentiam eſſe oportet: quæ vera proxima & adæquata ratio eſt, quare relegato non detur reſtitutio: illa autem acceſſoria, quod potuerit relinquere procuratorem, quam hic proponit Treutl. Idque vel inde apparet, quod ex iuſta neceſſariaque cauſa abſentibus, etiamſi procuratorem & ipſi relinquere potuerint, nec reliquerint, reſtitutio conceditur. Sed magis dubitatur, an, ſi procuratorem reliquerint, reſtitutionem in integrum petere & impetrare poſſint. Circa quod pugnare inter ſe videntur *l. 26. §. vltim. hoc tit. cum l. 39. eod.* in qua varias conciliationes affert Accurſ. ex quibus eam, quæ inter legatum principis & ciuitatis diſtinguit, probat *Cuiac. 19. obſeru. 14.* Poſſit videri intereſſe, an quis reliquerit procuratorem generalem an ſpeciem ad illã ipſam cauſam, ſuper qua poſtea petit reſtitutionẽ. Illo caſu omnimodò reſtitutionem obtinebit, quod procurator rem ab alio poſſeſſam & vſucapi cœptam ignorare potuerit: hoc non reſtituetur, niſi fortè in ſubſidium, ſi procurator nõ ſit ſoluendo, ne alias officium publicum ipſi ſit damnoſum. Communius receptum videtur, *ut dict. l. 39. h. tit.* accipiatur de caſu, quo præſens petit reſtitui contra abſentem, argum. verborum, *per quem defendi potuerit. Sfort. Odd. quæſt. 29. art. 4.* Secundum quod *d. l. 39.* ita explicanda erit: ſi abſens procuratorem reliquerit, reſtitui volens ſcilicet alius præſens contra abſentem, non audietur: licet alioquin verbum defendẽdi aliquando abuſiuè vſurpetur, etiam pro cauſæ in iudicium deductione, *l. 1. C. quibus res iud. non nocet.* & alibi.

An ex toto capite ignorantiæ.] Veriſſima ſententia eſt, negatiua Treutl. quam defendunt duo doctiſſimi Hiſpani *Vaſq. illuſtr. contr. c. 75. Pinell. in authent. niſi tricennalis Cod. de bon. matern. num. 59.* & fortiſſimis his rationibus confirmatur, 1. ex completibus textibus iuris *in l. fin. Cod. de præſcript. long. temp.* ibi, *nulla ignorantia vel ſcientia expectanda l. 3. Cod. de præſcript. 30. ann.* vbi omnis defenſio contra præſcriptionem 30. annorum negatur *Nouell. 119. ca. vltra hæc,* vbi poſt 30. annos petitor excluditur: *cap. de aures. de præſcript.* vbi quadragenalis præſcriptio omnem actionẽ excludit *cap. volumus 16. quæſt. 4.* vbi poſt 40. annos præſtatur quies inconcuſſa *l. vltim. Cod. de fund. patrimon. lib. 11;* vbi poſt 40. annos poſſeſſores iubentur nullam moleſtiam aut inquietudinem formidare, *l. 4. Cod. de præſcript. 30. ann.* vbi poſt 40. annos, pleniſſima munitio & ſecuritas tribuitur, quæ leges, vt alibi Dd. loqui amant, ſeruirent nobis de vento, neque rebus, ſed verbis ſcriptæ eſſent, ſi reſtitutio concederetur: vt proinde cauilloſa, vt *Pinell.* loquitur *in authen. niſi tricennalis. Cod. de bon. matern. num. 59.* & nec admittenda nec nominanda quidem ſit Dd. reſponſio, qui tot manifeſtis iuris textibus remedium tantum ordinarium, non reſtitutionis excludi cauillantur. Vtique pleniſſimæ munitioni & ſecuritati & inconcuſſæ quieti, ceſſationique omnis moleſtiæ & inquietudinis, ex diametro contrarium eſt inquietari, quod fit per ita reſtitutione in integrum, vt rectiſſimè notat *Alexand. conſ. 152. in fin. vol. 2. Mud. in rubric. Cod. ſi aduerſ. vend. argum. l. 1. Cod. eod. tit.* ibi per verba, nulla controuerſia, excluditur beneficium reſtitutionis; ex quo illa pleniſſima liberatio dicitur quæ reſtitutionem excludit *Gl. & Dd. in l. 7. § permittitur, de minor.* cum præſertim reſtitutio hæc non ſit beneficium gratiæ, ſed iuris, edicto prætoris propoſita, & alias etiam imploratio officij naturam actionis ſapiat *l. 37. de oblig. & action. notat. Iaſ. poſt Dd. ad princ. Inſtit. de act. n. 34. & ſeqq.* & verbo actionis ſimpliciter

pliciter prolato venit etiam officium iudicis, quod datur pro reſtitutione in integrum, ita ut ſublata actione omni, remedium etiam omne ſublatum intelligatur ut docet poſt multos *Tiraquel. de retract. gent. § 35. Gloſſ 4. n. 40. Pinell. in authent. niſi tricennalis Cod. de bon. mat. num. 22.* Secunda ratio contra ſententiam Dd. eſt, quod ea admiſſa totum planè jus uſucapionum & præſcriptionum penitus everteretur, cõtra cauſam impulſivam & inductivam earum, quæ eſt bonũ publicum, vt litium tandem ſit finis, nec dominia perpetuo ſint in incerto *l. 1. de uſucap.* ex quo Iuſtitiam & æquitatem præſcriptionum adſtruit *Covarr. in c. malæ fidei. de reg. iur. in 6 p. 1. § 1 n. ult. & p. 2. in princ nu. 1.* quæ per reſtitutionẽ nõ debet eludi; quod non tantũ non expreſsè inhibet *Iuſtin. in l. ult. Cod. de long. temp. præſcript.* vbi non vult attendi ſcientiam vel ignorantiam ne alia dubitationis inextricabilis oriatur occaſio: nulla ſcilicet alia, niſi quæ prætextu ignorantiæ, & ita per Dd. illam opinionem introduci poſſit: eaque optima ratio eſt *Gloſſ iur. Can. in cap. auditis, de reſtitut. in integ. in f. verb. iure minoris*, verius inquit videtur, contra præſcriptionem reſtitutionem non dari, ne fruſtra jura de præſcriptione loquentia ſint ſtatuta. Tertia ratio eſt. Qui re ſua defraudatur, qui poſſeſſione ſuæ cadit, qui excluditur, qui regreſſum non habet, qui miſer eſt, non habet beneficium reſtitutionis in integrum: tum ex jam dictis quod reſtitutio hoc præſertim caſu competit jure actionis *l. 1. ex quib. cauſ. maior.* tum quia nemo excluſus dicitur, quem prætor in integrum ſe reſtituturum pollicetur *l. 6. de in integr. reſtitut.* Atqui impleta præſcriptione domini priores dicuntur poſſeſſione ſua cadere, dicuntur miſeri, dicuntur rebus ſuis defraudari, excludi, non habere regreſſum *in princip. Inſtitution. de vſucap. l. un. in princip. Codic. de uſucap. transf.* Ergo reſtitutio non datur. Neque verò Iuſtinian dd. loc. hac in re juri veteri derogavit, ſed tantum tempora præſcriptionum prorogavit, relicto ipſis veteris juris effectu. 4 Optimum argum. præbet *de princip. Inſtitut. de uſucap.* Quæ tempora ſufficientia ſunt ad inquirendum res ſuas, ijs decurſis non poteſt reſtitutio dari prætextu ignorantiæ, quod aliàs illa tempora non ſufficerent. Atqui tempora præſcriptionum ſufficere debent dominis ad inquirendas res ſuas *de princip. Inſtit.* Ergo, &c. Vnde conſectario deducitur hoc argumentum. Cujus negligentiam lex arguit, ei non ſuccurrit. Atqui eius qui intra tantum tempus rem ſuam non vindicavit, negligentiam lex arguit: Ergo ei non ſuccurrit. Neque adeo obſtat, quod nihil imputari poſſe videatur ei, qui ignoravit: quoniam eſt negligentia præſumpta neque tantum ita unde perſonam petitoris, ſed etiam bonum publicum, & perſonam poſſeſſoris, cui poſt tantum temporis ſpatium rem auferri iniquum fuerit, conſiderari oportet. Plerique tamen qui reſtitutionem ex capite ignorantiæ concedunt, hoc ad ſcriptionem 30. aut ad ſummum 40. annorum reſtringunt *Decius conſil. 19. per totum Alexand. conſil 151. numer 8. volum. 2. & plures relati à Vaſqu. 2. illuſtr. controverſ. 75. Tiraquell. de retract. gent. § 35. Gloſſ 4. numer. 38. Pinell. in authent. niſi tricennalis. Codic. de bon. matern. Sfort. Odd quæſt. 90. art. 5.* quam ſententiam probat *Pinell. dict. loc.* & de jure veriorem ait *Covarru in cap. mal. fidei de reg. iur. in 6. part. 3. §. numer. 3.* & ita communiter concludi teſtatur *VVeſembec. in conſil 5. numer. 32.* planè quod non detur reſtitutio contra 60. annorum præſcripnem communiter receptum tradit *Sfort. Odd q. 90. artic. 6.* cæteroquin illa communiſſima ſententia eſt ex capite ignorantiæ reſtitutionem dari, ut videre eſt ex traditis *Alexan. conſ. 71. nu. 3. vol. 1. Rebuff. de reſtitut. Gloſſ 1 num. 26. Tiraquell. de retract. gentil. § 35. Gloſſ. 4. numer. 55. VVeſembec. conſ. 5. num. 34. Mynſing decad. 12. reſponſ. 3 num 17. Iaſon. Zaſ. & Gomez in §. rurſus. Inſtit. d. action. Gail. 2. obſervat. 19. Boer deciſ 39. numer. 1. & ſeqq. Balb. de præſcript p. 4 part. 4 princip. quæſt 29. num. 7. Covarru in cap. malæ fidei de reg iur in 6. p. 3. §. 3. Crav. de antiq. temp part. 4. verſ. materia numer 50. Maurit de reſtitutio. in integr. cap. 55. & 58. Sfort. Odd. de reſtitut. quæſt 8 artic. 9. & quæſt. 90 artic. 4. Fachin. 1 controverſ cap 69.*

Cæterum facit pro Treut. quod, vt ſup. probatum, tempus reſtitutionis petendæ non à die ſcientiæ computandum eſt, tum quod ita totum præſcriptionis ius in æternum tolleretur, cum nemo niſi ſupinus & ſtultus ſciens rẽ ſuam penes alium eſſe patiatur, & in dubio ignorantia præſumatur, ut notant *Dd. argum. l. verius de probation.* tum per textum non obſcurum *in l. ult. C. de temp. in integr. reſti.* ex qua minoribus quidem quadriennium illud currit ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die ſublati impedimenti, abſentiæ, captivitatis, vinculorum, &c. Et hactenus ſcilicet tempus illud utile & fuit & eſt, quatenus non à die læſionis, ſed à die ſublati impedimenti computatur: cæterum ſolam & ſimplicem ignorantiam inter eiuſmodi impe-

Digitized by Google

dimenta computari, uſquam nec ſcriptum nec pictum eſt: & fruſtra adducitur à *Dd l.1.§ ſi quis propter. de itinere & act. priv.* ubi & juſtiſſimum impedimentum eſt & minimè de reſtitutione contra tanti temporis ſpatium tractatur, ut rectè *Pinell in authentic tricennalis. Codic. de bon. matern. numer. 59.* Itaque ſi quidem contra præſcriptionem 40 annorum concedi debet reſtitutio, omninò probanda ſententia eſt, in quam multis diſputatis tandem concludendo deſcendit *Covarru. pars 3.§.3.* quod quadriennium ex capite ignorantiæ maioribus cōceſſum computari debeat à die finitæ præſcriptionis, ita ut ex eo etiā ignorantibus currat: & rectiſſimè *Tiraquell. de retract. gent §.35 Gloſſ. 4 num 44. inf* vix, inquit, iſta ſententia de quadriennio non currente ignoranti apud nos reciperetur, quoniam ita nemo vnquam rerum ſuarum ſecurus eſſe poſſet vel optimæ fidei poſſeſſor, quoniam hoc modo etiā poſt mille annos reſtitutio peteretur. Quo pertinet, quod ſicùt minoribus currit tempus à 25. anno, aut ad ſummum præſcriptione completo, quod probat *Sf. Od 1. q. 20 art. 1.* ita Eccleſiæ a tempore perfectæ læſionis quadriennium currit, quam communiſſimam ſententiam vix vno & altero diſſ. refert & ſequitur *A. quæſt. 20. art. 3. & gl. in cap auditis. de reſtit. in integr. verbis, iure minoris.*

LIT. C D & E.

Quod *lit B in fi* ait Treutl. propter noua inſtrumenta ex cauſa ignorantiæ contra rem iudicatam maiori reſtitutionem dari, hic nō exequimur, quoniam ipſe Treutl. *ad diſputat. 23. partis 2.* ſe remittit. Profitemur ſaltem contrariā nobis placere ſententiam, pro qua etiam ſupra *diſp 7. theſ. 6 lit* C. aliqua ſunt diſputata. Literis autem hic notatis hoc proponit Treutl. quod remoto per iudicium reſcindens præſcriptionis obſtaculo, vtilem actionem & reſciſſoriam læſi recipiant, quæ ipſis perpetuò competat. Quibus verbis duplicitas iudicij *ſupra theſ. 1.* refutata, vitioſè adſtruitur: & hoc quoque, quod actio reſciſſoria non ſit noua, ſed illa ipſa, quæ antè præſcriptionem impletam competebat. Item quod reſciſſoria actio nō ſtatim à die reuerſionis, & ita ſublati impedimenti competat; & amplius quod quadriennium *l vltim. Cod. de temp. in integ. reſtitut.* remedio reſcindenti non reſciſſoriæ actioni præfinitum ſit: Quæ omnia falſa ſunt, & ſupra reprobata & confutata, vt ea quaſi per iudicem hic propoſuiſſe ſatis ſit, & adeò peſſimè hic diſſentit à *Cuiac. 18. obſeruat. 29.* qui rectiſſimè quadriennīū reſciſſoriæ actioni definitum ſcribit. An autem intra quadriennīū omninò finienda ſit, ſupra explicatum eſt. Omninò autem inconſideratè actionem reſciſſoriā perpetuam appellat: quid enim ſi præſcriptione excluſa ſit actio temporalis? quales quidem etiam ſunt actiones, quæ ex dominio competunt, & vſucapione tolluntur. Quin etiam ſi actionem proponas perpetuam, attamen, cum reſtitutio non plus reponere debeat, quam abſtulit abſentia vtique temporalis, vel hac de cauſa non conuenit reſciſſoriam actionem ſub prima perpetuitatis qualitate concedi: vt probabilius dici poſſit, actionem reſciſſoriam tanto tempore durare, quantò alias non interueniēte abſentia duratura fuiſſet. Sed & hæc commentitia opinio eſt, ſicut & illa Dd diſtinctio, relata à Gomeſ *in §. rurſus, Inſt. de action. numer 2. ex Br. & Dd. in l & honor. 35. de Obl. & Act.* an actio plane extincta ſit, an adhuc ipſo iure ſuperſit: illo caſu reſciſſoriam actionem datiuam eſſe, & non niſi prius inſtituto reſcindenti iudicio competere: hoc autem caſu nativam, & quę ſtatim ſub qualitate illa actionis reſciſſoriæ competat. Veritas autem hæc eſt, quam ſupra propoſuimus, quod actio reſciſſoria non priſtina actio ſit, ſed noua, & quæ recta à prætore v. c. teuerſis propoſita ſit à prætore, eaque tantum annalis (hodie quadriennalis) quoniam contrarius commune conceditur: quod quidem perſpicuis textibus iuris probatur *in § rurſus, Inſtitut. de action l in honorariis 35. in fin princip. de obligatio. & action. l. ab hoſtib. 18. C de his qui poſtlimin. l. vltim. C. ex quib. cauſ maior. l. 3. C. de reſtitut. milit.* facit ſupra hac diſputat. th. 1. lit. B citatus §. *ſed iſta Inſt. d. action. in fin.* in quo propoſita formula actionis reſciſſoriæ actioni priſtinæ per vſucapionem excluſæ nullo modo competere poteſt. Erronea igitur plane eſt iſta, quam Tr. cum Donell. defendit, opinio, licet eam probare videatur *VVeſenb. in parat ex quib cauſ maior n. 9* vbi etiam actionem reſciſſoriam eam eſſe, qua reſtitutio à prætore petitur, omninò abſurde exiſtimare videtur.

Quæ non eadem cum Public] Hoc quidem apertiſſimum eſt, nec quicquam a Donell. hic contra Dd. proponi vid. o, & ſuſpectum eſt, quod nemine citato pleroſque diſſentire ait. Plane ſi publicana in genere pro vindicatione prætoria ſumatur, reſciſſoria tanquam ſpecies ſub eam referri poſſet.

THE-

Digitized by Google

THESIS XVIII.

LIT. A.

Quod in vindicationibus ſemper.] Paulò obſcurius loquitur, ſed hoc puto, dicere vult, quod huic edicto in actionibus in rem ex parte actoris & rei: in perſonalibus, quia alius debitor invito creditori ſubſtitui nequit, ex parte actoris tantũ ſit locus. Et video quidẽ ab *Accurſ. in l. itẽ ſi res, § ſi quis autem, h. tit.* edictum iſtud etiam ad actorem porrigi, ſed *ex d. §* ſatis probari non video, & *in l. vlt. D. eod* quæ etiam adducitur à Cuiac. 10. *obſervat.* 3. (qui tamen 8. *obſervat.* 31. edictum illud ad reum non obſcure reſtringit) caſus ſpecialis & ſingularis eſt iudicij mixti, vbi vterque actoris & rei vicem ſuſtinet.

LIT. B.

Nam & ſi perinde teneatur.] Dubium movet, quod *in l. 1. § ult. h. t.* traditur, ſi doloſus alienator paratus ſit vtile judicium pati, perinde ac ſi poſſideret, denegandam in ipſum actionem ex edicto: ex quo colligi poſſe videatur, inuitum eum iudiciũ illud vtile ſuſcipere non cogi. Facit etiam vulgatum illud, quod remedium ordinarium faciat ceſſare extraordinariũ. Et dubitari poſſit, an qui ante iudiciũ cœptũ etiam in fraudem alterius rem alienauit, actione in rem conueniri poſſit: quod ſc. in hac ex parte rei requiratur poſſeſſio. & hic licet dolo, iure tamen poſſeſſoris vſus, rem trãſtulerit in alium, quam ſententiam ex Panormitano proponit & probat Jaſon *in §. 1. Inſtitu. de act. n. 78. eamque ſequitur Zaſius ibid. n. 22.* pro qua etiam adduci poteſt *l. 52. de R. I.* Eaque prætori, vt hoc edictum proponere, cauſa fuiſſe videtur. Et item ſane in eam Iaſon. ſententiã, niſi reuocaret textus *in l. 27. §. 3. de rei vind.* (in quo tamẽ ſuſpecta videri poſſit manus Tribon. vel propter ſtylum, vel propter vitioſã illationem à petitione hæreditatis, in qua vtpote iudicio vniuerſali non tam de rebus ſingulis, quàm de iure poſſeſſoris diſputatur) & *in l. 1. §. ſi. de tigno iuncto*, vbi qui ſciens junxit conuenitur ad exhibendum eo colore, tãquam ſi dolo malo poſſidere deſiiſſet: quorum textuũ miror à Iaſ. & Zaſ. nullam fieri mentionem. Neque obſtabit *l. 52. de rei vindic.* quod diuerſa ſit cauſa hæredũ, in quos hæc quaſi dolo pœna tranſire nõ debet, & dolus pro poſſeſſione eſt fictione iuris: quoad illum ipſum qui dolum commiſit. Quod *ad l. 3. § ult. h. t.* attinet, dicendum eſt, quod actio quidem ex edicto evitari poteſt, excipiendo vtilẽ rei vindicationem, ſed non vice verſa euitari poterit actio vtilis, etiamſi quis prætorium iudicium ſuſcipere ſit paratus.

Si tamen nolit actor.] Apparet ex *d. l. 3. §. vlt. h. t.* ius quidem eligendi eſſe actori, vt tamen vtile iudicium rei vindicationis, in reum illud ſuſcipere paratum, dictare cogatur: vt proinde non recte ſimpliciter hoc affirmetur a Tr. *ſi nolit actor, &c.* ſiquidem hac via vtilis rei vindicationis aliquando cogitur vti.

Quin etſi agat.] Videri poſſit Tr. confundere diuerſos caſus rei alienatæ & actionis ceſſæ, quia alias in quem res translata eſt, & qui poſſidet, vtique non agat. Sed ſcilicet Treutl. ad caſum ſpecialem iam *lit. A.* propoſitum reſpexiſſe videtur, qui extat *in l. vltim. D. h. t.* vbi quis rem ab eo emit, qui iudicio comm. divid. cõueniendus erat, cui quidem ſi actio detur, eum etiã ſocius neceſſariò pro poſſeſſore agnoſcere, & cum eo litigare cogeretur, & ita actionem ex edicto prætoris amitteret. Tentari tamen poſſit, petitorem forte poſſeſſionem rei alienatæ nactum, exceptione ex hoc edicto defendi debere.

LIT. C.

Præſens alienatione non mutatur.] Rationem ſubijcit Tr. quia quando res litigoſa facta eſt, alienatio nullius ſit momenti. Quæ ratio nulla eſt, quia licet alienatio valeret, nihilominus tamen iudicium non mutaretur: ſiquidem haud dubie ille condemnatur, qui poſt litem cõteſtatam poſſeſſionem dolo amiſit. Cæterum illud, quod de nullitate alienationis proponitur, non male probatur ex *l. 2. & ſeqq. C. de litigioſ.* Sed de iure veteri Digeſtorũ res non caret dubio, propter *l. 18. & 20. de rei vind.* & quod alienatione facta iudicium vtiliter peragitur contra alienantem: tũ denique *arg. tot. tit. D. de litigioſ.* quo proponitur exceptio litigioſi, quæ ſc. contra eum locum habet, qui iudicio cœpto rem accepit, ſi forte amiſſa poſſeſſione experiatur: quod ipſum argum. eſt, alienationem ipſo iure ſubſiſtere: vt proinde non ſatis intelligam, quid ſibi velit Tr. dum ait alienationẽ eſſe nullam ſaltem ope exceptionis. Vtique iure nouo ita nulla videtur alienatio, ut ſententia cum contra tertium, in quem res alienata eſt, executioni mandari poſſit. Et illud tamen nihilominus verum puto, quod edictum hoc prætoris ad alienationem, quæ cœpto iudicio facta eſt, non pertineat: ex hac nõ obſcura ratione, quod hoc caſu iudiciũ contra doloſum alienatorem peragitur: atqui qui iudicium vtile pati vult, etiam ab initio, actionem prætoriam ex hoc edicto evitat. *l. 3. §. vlt. hoc tit.*

impediri reſtitutionem, ſed hoc tantum decidi *d. Auth.* quod iuramẽtum ſit ſeruandum, eo autem præſtito, reſtitutionem aut condictionem non negari, quam etiam opinionem ex Ign. & Gutier. proponit & ſequitur *Fr. Cald. comm. in l. 3 Cod de reſtitut in int. verbo, minoribus n. 4.* Quod procul dubio repugnat ſententiæ *l. 1. & d. Authent C ſi advers vend* quæ ita nõ rebus, ſed verbis poſitæ eſſent, eoque admiſſo etiam contra contractum iure validum firmatum iuramento reſtitutio daretur: Neque movet *cap. debitores de iureiur* vel quia de ratione iſtius cap. diſputari poteſt: vel potius quia hoc eſt ſpeciale odio vſurarum, & quod inducitur peccatum in creditore: quomodo poſt Dd. *notat. Paul. Caſtrenſ in d. Auth num. 9.* cæteroquin iuramentum contractum firmare, eiuſque efficaciam ad hæredes tranſire ibid tradit *poſt Salicet in ead auth. nu 25.* & poſt multos *Gomez. 2. var. reſol. 14 n. 19* de quo etiam ſupra *diſput. 6 th. 7 & lit, D.*

LIT. D.

Si præmonitus de beneficio.] Fusè hoc tractat *Iaſ. col. 13.* vbi tutius eſſe ait, vt minor certioretur, quo etiam probat *Sichard nu. 12* licet videatur in puncto iuris verior ſententia contraria *Bart. n 16.* quem ſequitur *Maurit c. 113 Gomez. 2 var. reſol. 14 nu* 18. ſiquidem hic agitur de confirmatione contractus per iuramentum, in quo ſemper præſumitur deliberatum propoſitum: eum præſertim beneficium hoc non ordinario, ſed extraordinario iure competat. Vide etiam *Salic. n. 20.* & quæ notantur *inf. diſp. 15 th. 5 lit. B.*

LIT. E.

Vel ſi impubes eſſet.] Controuerſus hic articulus eſt inter Dd. & communis hic diſtingui video inter ius Canonicum & Ciuile: neque tamen abſurda videtur ſententia, vt etiam ex ratione iuris ciuilis per iuramentum pupilli doli capacis contractus validetur, quam etiam ſententiã Doctoribus tribuere videtur *Bart in d. Authen. n. 9.* & magis probare *Salicet nu. 8.* (qui tamen an contractus ſit validus, nec ne? diſtinguere videtur.) ſequitur *Fr. Cald. in l. 3 C de reſtit. in integr. verb. minoribus nu. 8. & 9.* tum quod in eiuſmodi pupillum cadat vinculum iuramenti, tum quod hic etiam ex contractu obligetur *l. 2. de fideiuſſ.* & omninò eiuſmodi pupilli & minoris ead. videtur ratio: qua de cauſa verbo, *puberum*, quod diverſæ ſententiæ autores ponderant, ex identitate rationis contineri poſſunt. Vide etiam *Caſtrenſ. in d auth. n. 6. & latius Iaſon. col. 4. & 5 & Cyn. num. 10,* vbi ex eo aliud ſentit, quod auth. hæc ſit iniqua & odioſa *& Bl. col. 3. Gomez. 2. var. reſol. 14. n. 18.*

Quod per iuramentum.] Puto hoc velle Dd. quod minor propter iuramentum æquè efficaciter obligetur, atque quivis major.

THESIS X.

LIT. A.

Interim tamen minor &c.] Hæc ſub th. præced. tractanda, non divellenda, neque cum diuerſis quæſtionibus coniungenda erant. Sed & quodammodo confundit iuratum contractum, & iuratam renuntiationem. Efficitur autem ex hoc, quaſi per modum exceptionis propoſito, ſi citra dolum aduerſarij minor iurauerit, reſtitutioni locum non eſſe Cæteroquin Dd communiter, quod *in d auth. ſacramenta* de vi & metu dicitur, etiam de dolo accipiunt, *Couarr. de pact. p 3. §. 4 n 3* & iidem ex ratione Iuris Canon. abſolutione nihilominus opus eſſe dicunt teſte *Iaſon colum 7.* Cuius rei hæc ſolida mihi videtur ratio, quod omne iuramentum quod non offendit bonos mores Iuris Canon. eod iure valet: adeoque eum diſputatio de abſolutione iuramẽti tota ſit Iuris Can. eo quoque iure abſolutione opus erit. Et verò vbi quod iuratũ eſt, citra periculum ſalutis & offenſionem proximi ſeruari poteſt, toties vinculum ex ratione Iuris Canon. inijcitur animæ & conſcientiæ, quod adeò vinculum per abſolutionem ſoluendum eſt. Et hine etiam expedita mihi videtur quæſtionis illius deciſio, cuius paulò antè facta mentio, an Jure Can per iuramentum actus aliàs nullus confirmetur. Siquidem enim ſolo iure ciuili nullus eſt, firmari reſpondebo. cæteroquin nõ firmari, quin hoc caſu nec iuramentum ſeruandum, nec abſolutione opus eſſe, prorſus vt regulariter ita ſe habeat, vt quo iure actus ipſe prohibitus & nullus eſt, eo nec iuramentum aliquod operetur. Iure autem Can. illi demum actus ſimpliciter prohibiti & invalidi creduntur, qui offendunt pietatem, & nutriunt peccatũ, ſuper quib. ſc. iurare peccatum eſt, & grauius peccatũ, quod iurauetis ſeruare. Secundum quæ falſa erit Tr. ſententia hac lit. A. vbi dolus interuenit nec abſolutionem à iuramento deſiderati. Nec movet *auth. Sacram. pub.* vel quia dicuntur nulla ratione effectus, quod retractari poſſunt fac. oppoſitio *in pr. Auth.* vbi inviolabilis obſervatio exigitur: vel quia illa auth. ad forum ciuile non cõſcientiæ pertinet. *v. etiam Maurit cap. 119.* Nec mouet, quòd vulgò traditur, dolum cauſam dantem bonæ fidei contractibus facere eos ipſo iure

Digitized by Google

iure nulllos, vel quia hoc ipſum expeditum non eſt, vel quia iuramentum quod ad hunc effectum cum ſtipulatione potius comparandum videtur, vel denique quia illa quædam iuris ciuilis ſubtilitas eſt, quam periculoſum ſit admittere in iuramento quod obſtringit animam, & cum iurans Deum ibi aduocauerit teſtem, vix effugiet labem peccari, ſi non impetrata abſolutione contraueniat iuramento.

Lit. B.

Si nondum ea diſtracta ſit.] Obijcitur *l. vlt. C. de rep. vel adit. hered.* per quam alij ius verus correctū putāt *Donell. 7. comment. 2.* alij ſpeciale eſſe putant *d. l. vlt.* quod in minore ætate res diſtractæ proponuntur: (Non rectè, quia de eod caſu loquitur *l. 24. §. 2. de minor.*) Alij inter extraneum diſtinguunt, & ſuum, de quo nominatim agitur *in d. l. vlt.* non obſtante verbo *d. l. 24. omiſerit* (quod ad ſuum hæredem pertinere videtur,) quoniam referri illud poteſt ad omiſſionem per lapſum temporis, vt reſpondet *Cald. in l. 3. C. de reſt. in integr. verb Laſis n. 47 & ſeqq.* Fulgoſ denique diſtinguit inter gradus rei non integræ: ſi tantum res diſtractæ ſint ſimpliciter admittit minorem, ſi verò etiam ſatisfactū creditoribus, nō admittit, iuxta *l. 24 de minor* quod hic minor tantum petat reſtitui ad lucrum, qui antea propter onera repudiaverat hæreditatem: quam diſtinctionem probat *Gabr. Mud. in l. C. ſi vt ab hæreditate, &c. v. etiam Sſ Odd. q. 63. art. 2*

Lit. C.

Pro ea rurſus deferenda.] Obijcitur *l. vlt. §. pen. vbi autem puerilis C. de bon. quæ lib.* per quam aliqui correctum putant *l. 7. §. reſtitutus. de minor.* Frequentius placuit, ſpeciale eſſe in patre, contra quem ob reverentiam ei debitam ſemel reſtitutum eſſe ſatis ſit *Maur. cap. 132. Sſ Odd. q. 16. art. 9 Ant Fab. in rational ad L. 7. § 9. ff de minor.* neque novum eſt, vt aliquando ratio ſit generalior decìſione. Sunt alioquin caſus illi diverſi: *in d. l. 7* minor reſtitutus vt adeat, iterum reſtituitur, vt repudiet, & ita certat de damno vitando *in l. vlt.* reſtitutus vt repudiet, non reſtituitur iterum, vt adeat, & ita certat de lucro captando.

THESIS XI.

Lit. A.

Si indebita ſolvat legata.] Cum quæritur, quomodo minori indebita legata ſolutori ſuccurratur, diſtinguit Tr. an ſoluerit ſine curatore, an cum eo: illo caſu condictioni locum, hoc reſtitutione opus eſſe. At verò quo iure vtitur maior, eod. vtitur minor, qui cum curatore cōtraxit: & igitur ſi ille conditionem indebiti habet, vt probatur ex *l. 2. §. 1. cum ll. ſeqq de cond indeb.* etiam habebit hic. Neque obſtat *t. fin. C. ſi adverſ. ſolu.* quæ eſt de caſu ſoluti indebiti per errorem iuris: vbi reſtitutionis beneficio opus eſt, quia ex regula iuris condictionis remedium ordinarium ibi locum non habet: *Sa'ic. ad L. 2. C. ſi adverſ. ſolut* idque ſecundo loco attingit Tr ſed in eo offendit, quod pro iiſdem habere videtur, ſolvere ex imperfecto teſtamento, & ſoluere errore iuris: quomodo etiā labitur lit. B ſimpliciter aſſerēs errorem iuris eſſe, ſoluere legata ſine detractatione Falcid. quid enim ſi hæreditatem ſoluendo eſſe exiſtimet?

Lit. C.

Si curatori ſolutum fuerit.] Atqui in hic nihil actum eſt cum minore, & ſolutio ritè & iure permittente facta eſt *per l 46. § 5. in fin, de adminiſtr. tutor.* vbi reſpondetur debitoris hoc caſu ipſo iure eſſe liberatos. Et ſpecialis videtur caſus *in l. 1. C. ſi adverſ ſolut.* videlicet ſolutionis à tutore factæ curatori, quod fortè in ea ſpecie minor prætēdebat pecuniam quæ ex adminiſtratione tutelæ debebatur, non rectè nec integrè ſolutam fuiſſe: aliàs difficile fuerit minorem ita reſtitui, vt iterum eam pecuniam ſoluere cogatur debitor, cui nihil planè imputari poteſt, & qui ſoluendo curatori ipſo iure liberatus eſt *d. l. 48. §. 5. de admin. tutor facit l. 7. §. 1 de minor.* vbi hoc remedium proponitur debitori vt petat minori dari curatorem: quod remedium inutile eſſet, ſi debitor curatori ſecurè ſoluere non poſſet. Atque ita omninò de iure veteri ſtatuendum puto Sed poſtquam Iuſtin autoritatem iudicis intervenire voluit *l 25 C. de admin. tut. §. vlt. Inſt. quib. alien licet.* eſt quod imputetur creditori, quod omiſſa hac ſolennitate ſoli curatori ſolvit: dabimuſque adeo hic reſtitutionem minori ſi pecunia malè collocata & curator non ſolvendo fuerit: eſtque hæc quam pleniorem Dd. appellant liberationem, quia non omninò ſecurus ſit creditor, licet reverà obligatio tollatur. Minus rectè eam plenam vocare ſolent, quæ fit ipſi minori ſine curatore: quippe cum hic ipſo iure ſcil. actio ſuperſit, & debitor tantū exceptione, ſi pecunia adhuc penes minorē extet, defendatur: & rectius *Gabr. Mud. in l. 1. C. ſi adverſ ſolut.* hunc infimum vocat ſecuritas gradū. Vide etiā *Sſ. Odd. q. 52. art. 2. & Ant Fab. lib. 17. coniect. 13.*

Lit. D.

Si iubente iudice.] Addendum erat ſolennita-

Google

tem iſtam neceſſariam non eſſe in ſoluendis annuis reditibus *ex l.25. C. de adminiſtr. tutor.* Et hãc liberationem pleniſſimam appellant Dd. quia liberatur debitor citra metũ reſtitutionis. Cui objici ſolet, quod contra venditionem etiam decreto judicis factam minorem reſtitui conſtat. Ratio differentiæ afferri ſolet, quod hic iudex interveniat tãtum permittendo, illic autem quaſi iubendo & compellendo, qua de cauſa aliqui cõtradictionem debitoris requirunt. Sed aliàs perſpicua ratio eſt, quod à debitore pecunia debita exigitur, quam ille, cum ex cauſa præcedenti ſolvere neceſſe habeat, iniquiſſimũ fuerit, eum nullo modo poſſe eſſe ſecurum. Vide *Maurit. cap. 178. Gab. Mudaum. C. ſi adverſ. ſolut. Caldas in ſæpè d. l. 3. C de reſtit. verbis, implorare in integrum, num. 2. & verbo, læſis. nu. 57. & ſeqq. Gomez. 2. variar. reſolut. c. 4. n. 4.*

THESIS XII.

Lit. A.

Proponitur hic regula negativa, quod minor adverſus præſcriptionem regulariter non reſtituatur: & tamen in exegeſi tradit, quod contra præſcriptionem cõuentionalem & legalem triginta annorum detur reſtitutio: ita vt duo hæc longè inter ſe diuerſa, præſcriptionem currere, & non dari reſtitutionem, confundere videatur. Et ideò contrario modo ponenda eſt regula affirmatiua, contra præſcriptionem dari reſtitutionem, quibus videlicet caſibus præſcriptio currit, velut in conuentionali, *de quo v. Maurit. c. 95. 97. 98. 99.* & tricennali legali non temporali: quod generaliter conſtituit Iuſtin *in l. vlt. C. in quibus caſibus &c.* cum quibuſdam caſibus nec olim curreret: vnde occaſione ſumpta, vt alibi ſæpè in vniuerſum ſtatuiſſe videtur Iuſtin. *in d. l. vlt.* quod videtur velle *Gabr. Mudæus ibid.* idque eſt, quod poſt Salicetum & alios ſcrupulum mouit *Paul. Caſtrenſ. in d. l vlt. C in quibus caſibus in integr.* (non autem *in l. vlt. C. ſi quis ignorans, &c.* in quem locum Caſtr. non ſcripſit, & quem tamen à *Maurit. c. 94.* citari putavit Tr.) quod vix poſſint oſtendi exempla præſcriptionum temporalium, quæ olim cucurrerint contra minores: ideoque ille actiones quaſdã prætorias temporales exempli loco proponit. Ideoque fallitur Treutl. Caſtrenſ. & Doctoribus imputans, quod nullam iure Digeſtorum præſcriptionem minori currere exiſtimant, quod iure Cod. ſit ſecus, in quo poſteriori magis adhuc fallitur, & *poſt l. vlt C. in quib. cauſ. in integr.* nemo dubitare poſſit, quia præſcriptiones temporales minori non currant. Non malè Cuiac. *in l. 30. h. t. libr. 3. quæſt.* Papin. diſtinguit inter præſcriptiones, quæ ipſo iure ius aliquod perimunt, & quæ tantum ope exceptionis: ita vt illæ etiam iure veteri cucurrerint contra minores *l. 7. §. pen. & l. 30. de minor.* hæ autem etiam iure antiquo non cucurrerint *per l. 2. C. in quib. cauſ. in integr. reſt. & l. 3. C. de quib. non obiic. longi temp. &c.* vt adeò hactenus *in d. l. ult.* ius novum fecerit Iuſtinian. quod indiſtinctè nullæ exceptiones temporales aduerſus minorem currant. Eodemque pertinet diſtinctio ex ratione iuris veteris inter præſcriptionem & vſucapionem: vt ſc. illa adverſus minorem non cucurrerit *per d. l. 3. C. quib. nõ obiic. &c.* hæc autem vtpote ciuilis acquirendi modus, quæ nec interrumperetur per litis conteſtationem, etiam aduerſus minorem fuerit impleta, quod perſpicuè probat *l. vn. C. adverſ. vſucap.*

Alter diſtinguit Duarenus] Propoſitio prima ex Duareno eſt; minorem ipſo iure tutum eſſe contra præſcriptiones temporales, niſi ſint temporis longiſſimi. Quæ exceptio videtur minus commoda, cum tempus 30. annorum in locum perpetui ex conſtitutionibus ſucceſſerit, ita vt hodie actiones tricennales perpetuę dici poſſint, *ar. pr. Inſtit. de perpet. & tempor. action. verſ. aliquando tamen.* Altera eſt, quod contra præſcriptionem 30. annorum reſtituatur minor. Vbi dubium facit *l. 3. C. de præſcript. 30 annor.* vbi ſola pupillaris ætas excipitur. Exiſtimo enim contra *Duaren. Caſtr. & alios in l. vlt. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit.* quod Imp. *in d. l. 3.* non nudũ curſum temporis reſpexerit, ſed effectum rei, itemque *Iuſtin. in d. l. vlt.* ibi *exceptionibus 30. annorum in ſuo ſtatu manentibus:* quod alias ſiquidem reſtitui contra has exceptiones, eaſque ita non obeſſe minori Iuſt. voluiſſet, potius ne ipſo iure currerent, conſtituiſſet, ex eadem ratione qua & temporales actiones ipſo iure currere prohibuit: quod ſc. melius ſit intacta eorum iura ſeruare, &c. maximè cum incongruum ſit, ex perſona alterius mutari ius poſſeſſoris: quia non poteſt poni caſus præſcriptionis quæ cepit contra minorem, quod tempus quadrienni elapſum eſſe oporteret, (neque enim probandũ, quod *Sf. Odd. tradit quæſt. 90. art. 1.* præſcriptionem etiam 30. annorum non currere minori, contra quem cepit.) ſed eius quæ cepit contra defunctum: ita enim communiter ſtatuunt Dd. currere quidem contra minorem, ſed reſti-

tut.o-

tutionem dari, *Sfort. Odd part. 2 quæſt 88. art. 4. & quæſt 90 art. 1. n. 3. Franciſc. Caldas in l 3 C. de reſtitut. in integr. verbis. ſua facilitate n. 46. & 48. gl. in l 3. C de præſcript. 30. ann. & ibid Salice Cyn & Caſtrenſ in l. ult. C. in quib. cauſ in integr reſtit* Tertia propoſitio eſt, contra vſucapionem opus eſſe reſtitutione. Hoc verò jure veteri obtinuit, ſed emēdatum videtur per ſæpe *d. l ult C. in quib. cauſ. &c.* quod ipſum fortè Treutl. dicere voluit, dum ait falli Duar. exiſtimantem, quod conſtitutio *d. l. ult.* non pertineat ad præſcriptiones nouo iure introductas.

Lit. B.

Non minor aduerſus minorem.] Nimis indefinita limitatio eſt Treut *niſi diuerſa ratio*: vide diſtinctius *Maurit. c. 218. Odd. p. 1. q 18. art 4. & 5.* vbi docet tum demum reſtitui minorem contra minorem, ſi hic de lucro captando, alter de damno vitando certet.

Lit. C.

Siue omittendo ſiue committendo.] Nimis quoque indiſtinctè hoc affirmatur, ſed ſaluari ex eo poteſt Treutl. quod addit in th ſi dolus minoris appareat. Verum cum etiam in contractibus minor, qui dolum admiſit, non reſtituatur, ſimpliciter quærendum eſt, an contra delictum in omittendo reſtituatur minor. Vbi initio diſtinguendum eſt, inter ea quæ natura ſua delicta ſunt, & quæ L. ciuili pro delictis habentur, quo caſu ſuccurri minori cōmuniter omnes ſtatuūt, teſte *Odd q. 80 art. 2.* veluti ſi mater non petierit tutorū liberis *l ult. Cod ſi aduerſ delict* ſi minor nō ſoluerit vectigal *l. 9 § pen. h t. Sf. Odd. q. 82. art. 1.* ſi non vindicata morte defuncti adiverit hæreditatem *l 1. Cod. in quib cauſ. in integ reſtit. Sf d q. 82 art. 5.* ſi omiſerit implere præceptum teſtatoris *Sf. d. l. art 6.* Non autem ſuccurritur ei, ſi non redemerit patrem ab hoſtibus, & hoc tamen ita demum. ſi maior ſit octodecim annis *ex auth. ſi captivi. C. de Epiſc & Cler. Nov. 115, c. 3 § 13.*

Secus ſi lata culpa.] Dubium & hoc videtur: quod aut quærimus de caſibus & delictis, quibus dolus & lata culpa non comparantur, & hic etiam maior pœna ordinaria non puniatur: aut in quibus comparantur, & hic tamdiu ſtandum eſt regulæ, donec probetur exceptio in perſona minoris: quæ quidem neque à Tr. neque à Cora ſ allegato loco ſatis probari videtur, ſiquidem nihil ſuadet, vt aut *in l. 1. C. ſi adverſ. delict.* aut *in l. 9 § pen de minorib.* latam culpam excludi dicamus, cum hoc caſu animus & dolus non rectè abeſſe dici poſſit.

Lit. D.

In quibus non habeo veram contumaciam.] Rationem reddit Treut. quod minor ante ſententiam verè contumax eſſe non poſſit. Quàm non ſatis aſſequor, quod non appareat, quomodo minor contumax ſit futurus poſt ſententiam &: vt quæſtioni locus eſſe poſſit, non ponendus eſt minor ſine curatore litigans, quo caſu proceſſus ipſo iure nullus eſt, ſed ponēdi ſunt termini habiles quibus in minorē contumacia cadere poſſit, nimirū, ſi litigat cum curatore, cuius quippe præſentia eum non excuſat à delicto & dolo, vt rectè *Cald. in l 3. C. de reſtit. verbo, læſit, n. 3.* & diſtinctius hoc tradit *Sf Odd. q. 82 art 7.* vbi etiam notat non tantum cōtumacem poſſe eſſe minorem, ſi citatus dicat ſe nolle comparere, quæ vera contumacia eſt, ſed etiam ſi reſtituere iuſſus non pareat; cuiuſmodi quidem contumacem non eſſe reſtituendum verius exiſtimaverim. Neque obſtat *l. 8. h. tit.* vel quia accipi poteſt de eo qui nō verè cōtumax fuit, vel quia vt ſæpè *d. art. 7. q 82. tradit Odd.* ſententia lata, non amplius conſideratur contumacia, ſed hoc ſolum, quod per ſententiam minor læſus eſt.

Lit. E. & F.

Sfort. Oddus q. 79. art 9. Communem ait eſſe ſententiam, quod iudex pœnam mitigare teneatur ob circumſtantiam ætatis: & ſiquidem admittamus, regulariter pœnam eſſe mitigandam, quod ipſe Tr. admittere videtur, inde ad neceſſitatem mitigandi, rectè infertur: quin ſiquidem ex ſententia Tr. iudex pœnam mitigare poteſt, parum aberit, quin illud facere teneatur: quia hic diſputatur non de magiſtratu ſupremo, ſed inferiori, imperium merum habēte, qui arbitrium liberum pœnas irrogandi nō habet. Non improbabiliter etiam inter ſpecies ætatis minoris diſtingui poſſit, *arg. de auth. ſi captivi, C. de Epiſc & cleric. N 115. c. 3 § 13.* Sed de hac re proprius locus eſt *infr p. 2. diſp. 31.*

Lit. G.

Si confeſſus ſit delictum.] Contrariam ſententiam admittit. Treutl. niſi metu vel errore facta fuerit confeſſio. Atquin apparet opinionem illam, quam in th. proponit, quod aduerſus confeſſionem reſtituatur minor, non aliter habere locum, quam ſi errore vel imprudentia facta prætendatur, & aliunde de delicto non conſtat: cæteroquin nulla deprecatio pœnæ aut reſtitutio erit iuxta *l auxilium 37. h. t Rebuff. de reſt. in int. gl. 3. num. 24. Cald in ſæpe d. l. 3 verb.*

Google

ſua facilitate n. 32. & verb. vel aduerſarij dolo nu. 30.

THESIS XIII.

LIT. K.

Si venundari ſe patiatur.] Ratio optima videtur, quod lex improbo homini, animo decipiendi alterius turpiſſimum lucrum captanti, hanc quaſi irrogat pœnam, vt ſeruus efficiatur; Sed alia ratione vtitur ICtus *in l. 9 §. 4 h tit.* quod propter mutationem ſtatus res non capiat reſtitutionẽ: cui obijcitur *l 3. §. 6 h t. & l 2. de in int. reſt.* Dicendum, quod *in d l. 9.* verbum, ſtatus, in potiori acceptatur ſignificatu, & ideo ICtus reſtitutionem neget, quod totus ſtatus mutatus, & alius homo effectus ſit atq; ita poſt Dd *Maurit. c. 242. Sf. Odd p. 2. q. 55.* niſi quis dicendũ putauerit, propter mutationem ſolam ſtatus per ſe, non dari reſtitutionem, ſed propter læſionem in alio, vt in ſpecie *d. l. 3. § 6 h. t*

Contra patrem patronum] Diſtinguit hic Tr. inter reſtitutionem quæ fit iure actionis, & quæ officio judicis, vt illi quidem, non huic contra parentes locus ſit. Atquin contra maior aut certè æqualis ratio eſt inhibẽdæ reſtitutionis, quæ fit iure actionis: quia cum hic in re conſideranda ſit reverentia patribus debita, magis ea læditur inſtituta actione reſtitutoria, quam implorato officio iudicis, ſiquidem hoc in rem eſt, actiones autẽ illæ, verbi cauſa doli. vel metus à parente illati, in perſonam, quæ etiamſi verbis in factum temperatis concipiantur *iuxta l. 11. de dolo.* famam tamen ſugillant *arg. l. 2 de obſeq.* & ideò non, quod odioſior eſt pater, qui dolum commiſit, quàm qui aliàs cum filio contraxit: ſed magis attendenda eſt reuerentia paterna: & ſi læſio facit, vt nõ ſatis famæ parentis precatur, multò magis faciet, vt citra vllã parentis notam iudicis officiũ imploretur: facit quod *in d. l. vlt. C. ubi & aduerſus quos,* hæc quorundã diſtinctio proponitur, dandam eſſe reſtitutionem, ſi minor ſimplicitate ſe lapsũ, non dolo circumſcriptio quæratur: & ſanè illo genere non accuſatur pater, ſed ſimplicitas & error prætenditur: qua de cauſa etiam contra decreta & ſententias iudicum etiã ſupremorum, & contra quoſcunque etiam bona fide celebratos actus, huiuſmodi reſtitutio conceditur. Et eſt tamen ea quam Tr. proponit communiſſima Dd. ſententia *Cyn. & vulgò Dd. in l. vlt. Maurit c. 224 Sf Odd q. 18 art. 1. Cald in l 3 C de reſt. verbo læſis n. 155 Accur. in l. 11. de dolo Cuiac. & Ant. Fab ibid. Gilbert. Regius 1. ἐναντ. ep. 15.* qui omnes ſtatuunt, quod Iuſtin. *in d. l. vlt.* tantum agat de reſtitutione, quæ beneficio ætatis datur. Verum in contrarium mouet tum parũ antè adducta ratio, tum ea qua vtitur Iuſtin. *in d l vlt.* quod procul dubio hæ ipſæ perſonæ cauturæ ſunt, ne quid opinioni ſuæ contrarium exiſtat: quæ ratio præcipue ad reſtitutionem ex cap. doli vel metus pertinere videtur: tum denique, quod *in d. l. vlt* improbatur expreſsè diſtinctio, an minor ſimplicitate læſus proponatur, an dolo circumſcriptus quo vtrique caſu actioni in factum locus eſſet Secundum quæ videri poſſit, (quod placet *Gabr. Mud. in d l. vlt. C. qui & a. v quos*) derogatum eſſe legibus Digeſt & forte etiam C quas adducit Tr. quibus tamen non omninò malè reſponderi videtur a Dd. directo ibi reſtitutionem nõ impetrari contra patrem, quod tum demum fieri dicatur, ſi & contra patrem & factum patris veniatur. *Odd. d q 18. art. 1. Cal dict l. 3 verbo læſis nu. 157. Gabr. Mud poſt Dd in d l. vlt. C. qui & adverſ. quos.* Ideoque non obſtat *l ult §. pen C de bon. quæ liber.* quoniam ibi nihil pater cum filio cõtraxit: non etiam *l. 3. §. 6 de minor.* quæ eſt de patre extraneo, & vbi illi ipſi actui, per quem pater factus eſt, læſio inhæſit. Plane *ex cap. de maior.* ex cauſa abſentiæ vel alterius iuſti impedimenti, filium contra patrem reſtitui omnino admitto, quam communem Dd. ſententiam refert & ſequitur *Odd. d q. 18. art. 3. Cald. in d. l 3. verbo, læſis. num 156. Gabr Mud in d l ult. C. qui & aduerſ. quos.* Porrò, vt hoc obiter addamus, quod contra parentem actio doli, & quævis famoſa negatur *l. 11. de dolo §. 5. 6. & 7 de obſeq* ei obijcitur *l 52. § de furt.* vbi filio contra patrem actio furti datur *Cuiac in d l. 11 poſt Accur. in d. l 52.* explicat illum locum de actione furti vtili in factum *Faber in d l. 11* diſtinguit inter filiumf. & emancipatũ, quod illi quidem pater furti teneatur, non autẽ huic. Verum & illa reſponſio verbis textus, & hæc diſtinctio rationi aduerſatur, cũ facilius emancipato, quàm filiofa. actio cõcedenda videatur. Et ideò forraſſis videantur textus paulò ante adducti, de actione famoſa ex cauſa contractus accipiendi. delicta autem adeò exoſa eſſe vt non parentũ honori parcendũ ſit *fac. l 1. § 43 de vi & vi arm* Neque obſtat quod *in d. l 2 de obſeq* iniuriarũ quoque actio in patrem negatur quia amplius diſtinguã inter delicta & ſpeciale dicam in iniuria, quæ æſtimatur ex perſona iniuriati & iniuriãtis, & præcipuè ex huius animo, qui deeſſe intelligitur in patre, qui nõ animo diffamandi aut iniuriãdi, ſed potius caſtigãdi, vel etiã iure patris, aliquid ꝙ aliàs ex ſe iniurioſũ eſt, in filiũ

iactalle

iactaſſe & dixiſſe præſumitur. Sed præſtat fortaſſis ſequi Accurſ. quod aliàs & magis coniugi contra coniugem actio furti danda eſſet.

Adquas benè reſpondit.] Labitur hic Tr. dum *l. 2. C. ſi aduerſ. rem iudic. & l. 2. ſi aduerſ. donat.* inter eos textus referat, quibus de reſtitutione iure actionis expedienda tractatur.

LIT. D.

Veniam ætatis impetrauerit.] Rectè Tr. quod reſtitutionem illam ad contractus futuros reſtringit, per expreſſiſſimum textum *in l. 1. C. de his, qui veniam ætatis,* ſed iniuriam facit Caſtrenſi, quaſi hic etiam contra contractus præteritos reſtitutionem concedi velit: de cuius ſententia vel inde conſtare poteſt, quod reſtitutionem contra veniam ætatis obtentam publicè velit intimari & ſignificari, quod etiam *C. n. & cæteri Dd. in d. l.* tradunt.

LIT. F.

Licet iurauerit.] Tres hic caſus ſi minor ſe maiorem dixerit rectè diſtinguit *Maurit. c. 170.* ſi minor dolo hoc fecerit, ſi aduerſarius minorem vt hoc affirmaret, dolo induxerit, ſi minor ſe ipſum, & aduerſarius citra dolum alterutrius maiorem exiſtimet. Primo caſu reſtitutio denegatur: Secundo conceditur, etiamſi iuramentum minoris interuenerit, quia vtiquè prodeſſe aduerſario dolus non debet, quæ communis Dd ſententia eſt, *teſte Odd. q. 24. art. 5.* Tertio caſu itidem reſtituitur minor, niſi iuramento corporali maiorem ſe affirmauerit: de quo ſc. l. caſu accipienda eſt *l. 3. C. ſi minor. ſe maiorem,* in eoque lapſus *Maurit. d. c. 170.* in eo ſuauis quod conſtitutionem *d. l. 3.* quæ eſt Diocletiani, de iuramento, quod præſtatur tactis Euangelijs, interpretatur.

THESIS XIV.

LIT A.

An cùm ordinarium appellationis.] Ita loquitur Tr. atque ſi ſemper concurreret remedium appellationis cum petitione reſtitutionis in int. contra ſententiam: & tamen proculdubio etiã lapſus fatalibus interponendæ reſtitutio ea peti poteſt. Cæterum durante adhuc appellandi facultate non videtur contra ſententiam concedenda reſtitutio: vel quia regulariter per remedium ordinarium excluditur extra ordinarium, vel *quia l. pen. C. ſi adu. rem iud.* meminit neceſſitatis remedij reſtitutorij, vel denique quia non cum iniuria partis aduerſæ, & vt adimatur ius denuo agendi minorẽ reſtituit prætor, ſed quia aut non iure ſententia dicta, aut quædam ad cauſam pertinebant, omiſiſſe minor proponitur: quæ omnia cum in inſtantia ſecunda corrigi & suppleri poſſint, nulla reſtitutionis concedendæ eſt neceſſitas: & alias verba *in dict. tit. C. aduerſus rem iudicatam,* videri poſſint habere emphaſin, & ſignificare ſententiã, quæ appellatione ſuſpendi non poteſt, ſed vt vulgò loquuntur, tranſiuit in rem iudicatam. Poſſit aliquando vel propter moras iudicij vel propter impenſas vtilius eſſe minori, cauſam coram iudice priori retractari: alias ſufficeret minori ſolam reſtitui appellandi facultatem.

LIT. B

Etiam contra curatorem latam.] In his verbis homonymia ineſt, quia aut ſignificant latam eſſe interueniente curatore in iudicio, aut ſententiæ verba in ipſum curatorem eſſe concepta. Illo modo neceſſe eſt ſententiam ferri ſemper contra curatorem, quia aliàs nulla eſſet; quod ſcilicet minor ex ſe in cauſa propria ſtare in iudicio non poteſt. Hoc modo neceſſe non eſt; ſi tamen factum ſit, quia in cauſa minoris, ſententia lata eſt, reſtitutioni perinde locus eſt, atque ſi in perſonam ipſius minoris ſententia directa fuiſſet. Planè non tantum minor cum curatore, ſed etiam curator ſolus nomine minoris in iudicio comparere poteſt; eoque caſu proculdubio in ipſum curatorem ſententia concipietur.

LIT. C.

Quid ſi tempore ſententiæ] Non ſatis hic commoda videtur diſtinctio Treutl. an res perſpecta fuerit ante legitimam ætatem, an non: quia iudicium, de quo hic tractatur, non dicitur perfectum, niſi poſt ſententiam, ante quam in hac ſpecie minor læſus dici non poteſt: & probatur *ex l. 1. Cod. ſi aduerſus rem iudic. & l. 3. §. 1. & 2. h. tit.* ſi poſt minorem ætatem impletam ſententia feratur, reſtitutionem non dari, niſi fraude aduerſarij tempus fuerit extractum *vt Salicet. v. L. 1. num. 5. & ſeqq. C. Si aduerſ. rem iudic.* Ant. Fab. Rational *ad l. 3 ff. h. t.*

LIT. D.

Nouo libello litiſq; conteſtatione.] Generaliter tradunt Dd. vbi reſtitutio petitur, libello & litis conteſtatione eſſe opus *Cald. in l. 3. C. reſtit. in integr. verbis, infra tempora num. 14. Odd quæſt. 31. art 8.* Ideoque non debebat hoc à Tr. circa eam ſpeciem, vbi reſtitutio aduerſus ſententiã petitur, proponi. Et eſt hoc conſequens ei, quod duplex iudicium Dd. ſtatuunt: & vtique cauſa plenè cognoſcenda, & partes citandæ ſunt *l. 29. h. t.* vt perinde hic eſſe videatur, ac ſi prætor extra

tra ordinem cognoſceret. Et Tr. tamen ſibi ipſi contrarius hanc ſententiam improbare videtur, verbis, *parum apte*, citato ad hoc Mauritio, ex quo tamen quid ſibi velit Treutl. non ſatis intelligitur: ille vtique, cum opus ſit citatione & cognita cauſa, litis quoque conteſtationem requirit. Haud ſcio, an Tr. ad ſubtilem iuris veteris rationem reſpexerit, ſecundum quam in huiuſmodi iudicis officij imploratione, litis conteſtatione propriè dicta op⁹ fuiſſe nõ videatur.

Aliàs plenè, alias ſummariè.] Videri poſſit hæc diſtinctio, non ſatis accõmodata ad illam procedendi rationem, quæ fit implorato officio iudicis. Et hic tamen non ſatis ſibi conuenire videtur Tr. dum allegat Bar. diſt. qui tamen teſte Mynſingero hoc ipſum ſtatuit, quod etiam ſummariè procedi poſſit.

THESIS XV.

LIT. A.

An minor læſionem ſatis probat.] Proponitur hoc loco paulo alienatè, & pertinet *ſub t. 8. lit. E.* vbi de probatione ætatis: vtrumq; enim, & ætas, & læſio probanda eſt: & eſt hoc aliàs generale præceptum, ad omnes actiones pertinens, vt iudex diſpiciat: an quiſque intentionis ſuæ fundamentum probauerit.

Quid ſi aduerſarius contra.] Nulla hic dubitandi ratio: quod ſi enim minori probanda incumbit læſio, quanto magis audiendus erit, qui minorem læſum non eſſe oſtendere paratus eſt. Cæterum illud aliquam dubitationem habet, an minori ſemper probatio læſionis incumbat: vbi ſcrupulum mouet *l. 1. Cod. ſi adu. credit.* quæ onus probandi aduerſario imponere videtur: qua de cauſa *Cyn. & Bart.* & alij creditorem fœneratitium illum locum reſtringunt: quod rectè improbat Pinellus loco citato: & hactenus verum eſt, quod Treutl. ait *dict. l. 1.* eſſe generalem, id eſt, vt de quocunque mutuo, non tantũ fœnebri accipiatur, non autem de creditore ex quocunque contractu. Cæterum *gloſſ. & Dd.* variè accipiunt *d. l. 1. C. ſi aduerſ. cred.* alij minorem primo læſionem probaſſe, alij ſpeciale in mutuo, quod minor pecuniam male collocaſſe præſumatur, ſtatuunt: vbi conſiderandum & hoc videtur, quod in ſpecie *dict. l. 1.* non per modum implorationis officij iudicis, ſed potius per modum exceptionis, creditore actionem ex mutuo mouente, reſtitutio peti videtur.

LIT. D.

Si nihil quam geminatum] Vide de hoc etiam *Couar. de pact. part. 3. §. 4. num. 12.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Eſt ſtatus permutatio.] Rectè hoc quidem alias, ſed non ſatis rectè ad hanc materiam, quæ tantum ad minimam capitis deminutionem pertinet.

LIT. B.

Ita enim omnino legendum] Non capio, quid *in d. l. 6* de vulgata lectione mutare velit, quæ ita habet: *priuata hominis & familiæ eius iura, non ciuitatis amittit*: nam & particula, *eius*, omninò retinenda eſt, & fruſtra ſollicitatur, verbum, *amittit* quo *in l. 7. in pr. eod. t.* eodem planè ſenſu vtitur ICtus.

Sed an etiam tutelas.] Tractat hic de explicatione, & lectione, vel emẽdatione *d. l. 7. in princip. h. tit.* & ipſe quidem ſequitur Hottomannũ, qui fingit cauſam ſingularem eiuſmodi: Titius ex duobus filijs, cum vnum in adoptionem dediſſet, altero impubere relicto deceſſit. Tutela inquit Hottomannus, ipſo iure quidem defertur maiori, qui in adoptionem datus fuit, ſed quia familiam exijt, tutela perijt, nimirum quia ex illius ſententia tutela legitima ipſo iure delata, nec offendens ſubiectum habile, perire dici poteſt. Verum tria obſtant huic explicationi, 1. Quod cum ICtus *in d. l. 7.* quaſi regulam, ſeu vtique exceptionem generalem ponat, nonniſi ineptè illud ad caſum ſingularem reſtringi poſſit. 2. Quia hac ratione non eſſet exceptio, cum etiam datiua & teſtamentaria tutela in aliena poteſtate poſitis, & quidem cum effectu deferatur: & inconcinnum videtur explicare ICtũ de caſu filij in adoptiuam poteſtatem tranſlati, cum generaliter loquatur de ijs, qui in aliena poteſtate ſunt, in qua etiam filius antè adoptionem erat: etenim *in d. l. 7.* qui in aliena poteſtate ſunt, ijs qui ſui iuris ſunt opponuntur, 3. Verũ non videtur legitimam tutelam trãſlato in alienam poteſtatem per adoptionẽ, ex ratione iuris antiqui deferri: quia cum agnatis tãtum deferatur, adoptatus agnationis & familiæ iura amiſit: qua de cauſa ſpeciali conſtitutione opus fuit Anaſtaſij, per quam emancipato, in quo tamen minus euidens eſt & minus realis familiæ mutatio, ius tutelæ legitimæ cõſeruaretur, ſed neque rectè hoc caſu tutela perire dici poteſt. Nõ planè abſimiliter Accurſius verba ICti, *quæ deferuntur*, contortè ita explicat, id eſt, quæ perſonis illis deferentur, ſi in alienam poteſtatem & ius non fuiſſent tranſlatæ. Ex quibus explicationem Hottomann. minimè pulchram. vt

male

maie eam Treutl appellat, eſſe conſequitur. Et eum Cuiacij qui Tribonianum in notis erraſſe fingit, ſententia, planè diuinatoria ſit, *in pr d. l. 7* verba. *exceptis his*, vel expungere, vel cum Haloandro negationem addere præſtat.

Verba, & tutela à Triboniano.] Dubitare licet: ſiquidem *in l. 7.* etiam fit mentio tutelæ, quæ defertur ex SCtis. quæ nouæ leges in ipſa *l. 7. in fin princ.* vocantur, cuiuſmodi etiam noua lex *in princ. p.* neceſſario intelligenda eſt, alia videlicet quam l. XII tabb. vt rectè ibidem notat Accurſius, vix enim eſt, vt ea verba ad l. Titiam ſiue Attiliam, ſecundum quam magiſtratus tutorem dabant, commodè referri poſſint.

Lit. C.

Tractatur hic quæſtio, an etiam hodie emãcipatio pro capitis diminutione ſit habenda. Vbi negatiua ſententia eademque communis, contra Tr. mihi verior videtur: Quia iure nouo effectus iſtius capitis diminutionis ſunt ſublati, ita vt emancipatus v.c ab inteſtato extra cõtrouerſiam, & ex veriori ſententia etiam ex teſtamento iure ciuili ſuccedat. 2. Quia omnia ſolemnia emãcipationis ſublata ſunt, & ea hodie fit per ſimplicem aditionem magiſtratus: vt adeò non appareat, quomodo illa mutatio familiæ contingere, & per nudam illam de manu dimiſſionem iura agnationis tolli & amitti poſſint. Et videtur ea nuda fuiſſe & mera iuris ciuilis ſubtilitas & ſcrupuloſitas, quod per emancipationem familia mutari dicebatur, videlicet propter trinam venditionem, de qua *Caius 1. inſtit 7 Canon. 2. comment.* 13. & inde imaginariam in ſeruitutem deductionem *l. 3 §. 1. de cap. minut.* Vtique enim emancipatus vtpote ciuis, neceſſariò familiæ iura habeat, rei veritate inſpecta, aliam quam patris ſui familiam habere non poteſt. Equidem Conan. *2. comment. 13, in fin* obiter dicit, quod emancipatus patẽris tantum poteſtati ſubducatur, ſed gentem retineat: ex quo videri poſſit aliud de gente, aliud de familia ſtatuendum: illam quidem retinere, hãc verò amittere emancipatum. Ita verbi cauſa, in gente Cornelia plures erant familiæ, Coſſorũ, Scipionum, Lentulorum, &c. Verum Conan. familiam amitti expreſsè non ait, nec quicquã, quo iſta diuerſitas firmetur, adducit & ſi veram rationem cõſideramus, familia & gens ſeſe mutuo conſequũtur, neq; qui ſine familia eſt, gentem, & ex aduerſo qui in gente eſt, familiam quoq; ſe habere videtur, & aliàs ſequeretur, ꝙ ad emancipatos, gentilium vtiq; tutelæ & hæreditates delatæ fuiſſent, quod tamen ex ratione iuris noſtri falſum eſt, quo tantum cognationis ius retineri dicitur. Et igitur ſublatis illis ſolennibus, venditionum & manumiſſionũ, nihil amplius ſupereſt, in quo imaginaria illa capitis diminutio & familiæ mutatio, fundari poſſit. Neq; obſtat, quod emancipatus non acquirat patri: quoniam nec qui in poteſtate eſt omnia patri acquirit, quinimò ex conſtitutionibus Inſtit. pleraque non acquirit: ſed & ij qui per dignitatem patria poteſtate liberantur, & quos capite non minui conſtat, patri non acquirunt. Quod ſi quis dicat, eo ſenſu familiam mutari dici, qui antea familiæ pars & alteri ſubiectus erat per emancipationem, ipſe pater & caput familiæ efficitur: eo quidem ſenſu hodieque emancipationem capitis minutionem eſſe concedam, ſed eiuſmodi minutionem in iure noſtro intelligi negabo: quod hæc ſola conſideratio & diuerſitas obſtare non poſſet, quo minus filiusfamilias emancipatus *ex l. ciuili XII. tabb.* ſuccedere poſſit, licet non vt ſuus, tamen vt agnatus, quia hæc ratio mutationis familiæ non poſsit tollere iura agnationis: & hoc modo, etiam qui morte patris aut dignitate ſui iuris efficitur, capite minui dicendus eſſet. Et omninò, vt concludamus, emancipatio hodie ſtatus mutatio dici & definiri non poteſt.

THESIS XVII.

Lit. A.

Propter abſentiam.] Mancus hic eſt Treut qui tantum agit de reſtitutione abſentibus danda contra præſentes: cum tamen etiam reſtituantur præſentes contra abſentes, per quos res illorum vſucapta eſt, *§. rurſus & ibi Iohan. Fabr. Angel. Iaſon. Zaſ. Gomeſ. & alij Inſtit. de action.* Etenim quod *in l. 1. Cod. de annal except.* non valenti agere currere præſcriptio negatur, ad impedimentum iuris non facti pertinet, vt poſt Dd. notat *Iaſon. in dict. §. rurſus. nu. 24.* & latè *Ludou. Gomeſ. ibid. num* 14 Sed illud controuerſum eſt, an hodie reſtitutio hoc caſu peti poſsit, poſtquam iure nouo *l. 2. Cod. de annal except.* ordinarium remedium interrumpendi præſcriptionem proditum eſt. Id quidem communiter à Dd. affirmatur *Iaſon. dict. loc. num. 23. Ludouic. Gomeſ. ibid. num. 12 Gloſſ. & Bart. in l 26 §. vlt ex quibus cauſ maior. Sſ. Odd part. 1. quæſt. 11. artic. 4.* quod ſcil. licet præſens potuerit interrumpere præſcriptionẽ, nõ tamẽ contra abſentẽ in defenſũ plenè ſuũ poterit cõſequi, neq; ex illa nõ interruptione, præſumi debeat, ꝙ dominus cõtra abſen-

abſentem reuerſum ius ſuum perſequi noluerit: quod rectius dici videtur, quam vt cum Gomeſ. *d. loc. dict. l. 2. Cod de annal. except.* ab abſentem vagabundum reſtringatur. Me tamen in contrarium mouet, quod reſciſſoria actio facilè dari non debet ei, cui imputari poteſt, quod remedium ordinarium neglexit: & cauſa reſtitutionis (quæ in læſione ſola, ex completa præſcriptione, quam ante impedire non poterat, oriente, conſiſtit) ceſſante, ipſa reſtitutio ceſſare debet: & cum actio reſciſſoria prodita ſit ad reſcindendam vſucapionem, & interrumpendam præſcriptionem, poſtquam per remedium *dict. l.* 2 hic effectus obtineri poteſt, & ita actio prima conſeruari, (quæ rectè contra communem Dd. reſponſionem *in dict. §. rur. in nu. 12.* mouet Gomeſ.) vix eſt vt actio reſciſſoria negligenti dari debeat; quæ ex non diſſimili negligentiæ cauſa, ei, contra quem reuerſum præſcriptio completa eſt, denegatur.

Aliud in relegato dicemus.] Hæc pertinent ad caſum reſtituendi abſentis contra præſentem. Illic quidem l. cum agitur de reſtituendo præſente contra abſentem, inter abſentiæ ſpecies non diſtinguitur, de quibus vide Ludouic. Gomeſ. *in dict. §. rurſus num 3. & ſeqq. Iaſon. num. 6. & 7.* & alios Interpp *ibid. Maurit. cap. 333. Sfort. Odd part. 1. quæſt. 5. artic. 5.* Hic autem ut reſtitutioni locus ſit, iuſtam abſentiam eſſe oportet: quæ vera proxima & adæquata ratio eſt, quare relegato non detur reſtitutio. illa autem acceſſoria, quod potuerit relinquere procuratorem, quam hic proponit Treutl Idque vel inde apparet, quod ex iuſta neceſſariaque cauſa abſentibus, etiamſi procuratorem & ipſi relinquere potuerint, nec reliquerint, reſtitutio conceditur. Sed magis dubitatur, an, ſi procuratorem reliquerint, reſtitutionem in integrum petere & impetrare poſſint. Circa quod pugnare inter ſe videntur *l. 26. §. vltim. hoc tit. cum l. 39. eod.* in qua varias conciliationes affert Accurſ. ex quibus eam, quæ inter legatum principis & ciuitatis diſtinguit, probat *Cuiac. 19. obſeru. 14.* Poſſit videri intereſſe, an quis reliquerit procuratorem generalem an ſpeciem ad illám ipſam cauſam, ſuper qua poſtea petit reſtitutionẽ. Illo caſu omnimodò reſtitutionem obtinebit, quod procurator rem ab alio poſſeſſam & vſucapi cœptam ignorare potuerit: hoc non reſtituetur, niſi fortè in ſubſidium, ſi procurator nõ ſit ſoluendo, ne alias officium publicum ipſi ſit damnoſum, Communius receptum videtur, *ut dict. l. 39. h. tit.* accipiatur de caſu, quo præſens petit reſtitui contra abſentem, argum verborum, *per quem defendi potuerit Sfort Odd quæſt. 29. art. 4* Secundum quod *d. l. 39.* ita explicandã erit: ſi abſens procuratorem reliquerit, reſtitui volens ſcilicet alius præſens contra abſentem, non audietur: licet alioquin verbum defendẽdi aliquando abuſiuè vſurpetur, etiam pro cauſæ in iudicium deductione, *l. 1. C. quibus res iud. non nocet.* & alibi.

An ex toto capite ignorantiæ.] Veriſſima ſententia eſt, negatiua Treutl. quam defendunt duo doctiſſimi Hiſpani *Vaſq. illuſtr. contr. c. 75. Pinell. in authent. niſi tricennalis Cod. de bon. matern. num. 59.* & fortiſſimis his rationibus confirmatur, 1. ex compluribus textibus iuris *in l. fin. Cod. de præſcript. long. temp.* ibi, *nulla ignorantia vel ſcientia expectanda l. 3. Cod. de præſcript. 30. ann.* vbi omnis defenſio contra præſcriptionem 30. annorum negatur *Nouell. 119. ca. vltra hac*, vbi poſt 30. annos petitor excluditur, *cap. de aures. de præſcript.* vbi quadragenalis præſcriptio omnem actionẽ excludit *cap. volumus 16 quæſt. 4.* vbi poſt 40. annos præſtatur quies inconcuſſa *l. vltim. Cod. de fund. patrimon. lib. 11;* vbi poſt 40. annos poſſeſſores iubentur nullam moleſtiam aut inquietudinem formidare, *l. 4. Cod de præſcript. 30. ann.* vbi poſt 40. annos, pleniſſima munitio & ſecuritas tribuitur, quæ leges, vt alibi Dd loqui amant, ſeruirent nobis de vento, neque rebus, ſed verbis ſcriptæ eſſent, ſi reſtitutio concederetur: vt proinde cauillosa, vt *Pinell.* loquitur *in authen. niſi tricennalis. Cod. de bon. matern num. 59* & nec admittenda nec nominanda quidem ſit Dd. reſponſio, qui tot manifeſtis iuris textibus remedium tantum ordinarium, non reſtitutionis excludi cauillantur. Vtrique pleniſſimæ munitioni & ſecuritati & inconcuſſæ quieti, ceſſationique omnis moleſtiæ & inquietudinis, ex diametro contrarium eſt inquietari, quod fit petita reſtitutione in integrum, vt rectiſſimè notat *Alexand. conſ. 151. in fin. vol. 2. Mudæus in rubric. Cod. ſi aduerſ. vend. argum l. 1. Cod eod. tit.* vbi per verba, nulla controuerſia, excluditur beneficium reſtitutionis; ex quo illa pleniſſima liberatio dicitur quæ reſtitutionem excludit *Gl. & Dd. in l. 7 § permittitur, de minor.* cum præſertim reſtitutio hæc non ſit beneficium gratiæ, ſed iuris, edicto prætoris propoſita. & alias etiam imploratio officij naturam actionis ſapiat *l. 37. de oblig. & action. notat. Iaſ. poſt Dd ad princ. Inſtit. de act. n. 54. & ſeqq.* & verbo actionis ſimplicites

pliciter prolato venit etiam officium iudicis, quod datur pro reſtitutione in integrum, ita ut ſublata actione omni, remedium etiam omne ſublatum intelligatur ut docet poſt multos *Tiraquel. de retract gent. § 35. Gloſſ 4. n. 40. Pinell. in authent. niſi tricennalis Cod. de bon. mat. num. 22.* Secunda ratio contra ſententiam Dd. eſt, quod ea admiſſa totum planè jus uſucapionum & præſcriptionum penitus everteretur, cõtra cauſam impulſivam & inductivam earum, quæ eſt bonũ publicum, ut litium tandem ſit finis, nec dominia perpetuo ſint in incerto *l. 1. de uſucap.* ex quo Iuſtitiam & æquitatem præſcriptionum adſtruit *Covarr. in c. male fidei. de reg. iur. in 6. p. 1. § 1 n. ult. & p. 2. in princ nu. 1.* quæ per reſtitutionẽ nõ debet eludi; quod non tantũ non expreſſè inhibet *Iuſtin in l. ult. Cod. de long. temp. præſcript.* ubi non vult attendi ſcientiam vel ignorantiam ne alia dubitationis inextricabilis oriatur occaſio: nulla ſcilicet alia, niſi quæ prætextu ignorantiæ, & ita per Dd. illam opinionem introduci poſſit: eaque optima ratio eſt *Gloſſ iur. Can. in cap. auditis, de reſtitut. in integ. inf. verb. iure mineris*, verius inquit videtur, contra præſcriptionem reſtitutionem non dari, ne fruſtra jura de præſcriptione loquentia ſint ſtatuta. Tertia ratio eſt. Qui re ſua defraudatur, qui poſſeſſione ſuæ cadit, qui excluditur, qui regreſſum non habet, qui miſer eſt, non habet beneficium reſtitutionis in integrum: tum ex jam dictis quod reſtitutio hoc præſertim caſu competit jure actionis *l. 1. ex quib cauſ. maior.* tum quia nemo excluſus dicitur, quem prætor in integrum ſe reſtituturum pollicetur *l. 6. de in integr. reſtitut.* Atquin impleta præſcriptione domini priores dicuntur poſſeſſione ſua cadere, dicuntur miſeri, dicuntur rebus ſuis defraudari, excludi, non habere regreſſum *in princip. Inſtitution de uſucap. l. un. in princip. Codic. de uſucap. transf.* Ergo reſtitutio non datur. Neque verò Iuſtinian dd. loc. hac in re juri veteri derogavit, ſed tantum tempora præſcriptionum prorogavit, relicto ipſis veteris juris effectu. 4 Optimum argum. præbet *de princip. Inſtitut. de uſucap.* Quæ tempora ſufficientia ſunt ad inquirendum res ſuas, ijs decurſis non poteſt reſtitutio dari prætextu ignorantiæ, quod aliàs illa tempora non ſufficerent. Atquin tempora præſcriptionum ſufficere debent dominis ad inquirendas res ſuas *de princip. Inſtit.* Ergo, &c. Unde conſectario deducitur hoc argumentum. Cujus negligentiam lex arguit, ei non ſuccurrit. Atqui eius qui intra tantum tempus rem ſuam non vindicavit, negligentiam lex arguit: Ergo ei non ſuccurrit. Neque adeo obſtat, quod nihil imputari poſſe videatur ei, qui ignoravit: quoniam eſt negligentia præſumpta neque tantum ita unde perſonam petitoris, ſed etiam bonum publicum, & perſonam poſſeſſoris, cui poſt tantum temporis ſpatium rem auferri iniquum fuerit, conſiderari oportet. Plerique tamen qui reſtitutionem ex capite ignorantiæ concedunt, hoc ad ſcriptionem 30. aut ad ſummum 40. annorum reſtringunt *Decius conſil. 29. per totum Alexand. conſil 151. numer 8. volum. 2. & plures relati à Vaſqu. 2. illuſtr. controverſ. 75. Tiraquell. de retract. gent. § 35. Gloſſ 4. numer. 38. Pinell. in authent niſi tricennalis. Codic. de bon. matern. Sfort. Odd quæſt. 90. art. 5.* quam ſententiam probat *Pinell. dict. loc.* & de jure veriorem ait *Covarru in cap. mal fidei de reg iur. in 6. part. 3. § numer. 3.* & ita communiter concludi teſtatur *VVeſembec. in conſil 5. numer. 32.* planè quod non detur reſtitutio contra 60. annorum præſcriptionem communiter receptum tradit *Sfort. Odd q. 90. artic. 6.* cæteroquin illa communiſſima ſententia eſt ex capite ignorantiæ reſtitutionem dari, ut videre eſt ex traditis *Alexan. conſ. 71. nu. 3. vol. 1. Rebuff. de reſtitut. Gloſſ 1 num. 26. Tiraquell. de retract. gentil. § 35. Gloſſ. 4. numer. 35. VVeſembec. conſ. 5. num. 34. Mynſing decad. 12. reſponſ. 3 num 17. Iaſon. Zaſ. & Gomez in § rurſus. Inſtit. d. action. Gail. 2. obſervat. 19. Boer deciſ 39. numer. 1. & ſeqq. Balb. de præſcript p. 4 part. 4 princip. quæſt 29. num. 7. Covarru in cap. malæ fidei de reg iur in 6. p. 3. § 3. Crav. de antiq. temp part. 4. verſ. materia numer 50. Maurit de reſtitutio. in integr. cap. 55. & 58. Sfort. Odd. de reſtitut. quæſt 8 artic. 9. & quæſt. 90 artic. 4. Fachin. 1 controverſ cap. 69.*

Cæterum facit pro Treut. quod, ut ſup. probatum, tempus reſtitutionis petendæ non à die ſcientiæ computandum eſt, tum quod ita totum præſcriptionis ius in æternum tolleretur, cum nemo niſi ſupinus & ſtultus ſciens rẽ ſuam penes alium eſſe patiatur, & in dubio ignorantia præſumatur, ut notant *Dd. argum. l. verius de probation.* tum per textum non obſcurum *in l. ult. C. de temp. in integr. reſti.* ex qua minoribus quidem quadriennium illud currit ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die ſublati impedimenti, abſentiæ, captivitatis, vinculorum, &c. Et hactenus ſcilicet tempus illud utile & fuit & eſt, quatenus non à die læſionis, ſed à die ſublati impedimenti computatur: cæterum ſolam & ſimplicem ignorantiam inter eiuſmodi impe-

Digitized by Google

dimenta computari, uſquam nec ſcriptum nec pictum eſt: & fruſtra adducitur a *Dd l.1.§ ſi quis propter. de itinere & a lu. priv.* ubi & juſtiſſimum impedimentum eſt & minimè de reſtitutione contra tanti temporis ſpatium tractatur, ut rectè *Pinell in authentic tricennalis. Codic. de bon. matern. numer. 59.* Itaque ſi qui ſ..m contra præſcriptionem 40 annorum concedi debet reſtitutio, omninò probanda ſententia eſt, in quam multis diſputatis tandem concludendo deſcendit *Covarru. part 3.§.3.* quod quadriennium ex capite ignorantiæ maioribus cõceſſum computari debeat a die finitæ præſcriptionis, ita ut ex eo etiã ignorantibus currat: & rectiſſimè *Tiraquell. de retract. gent §.35 Gloſſ. 4 num 44. inf* vix, inquit, iſta ſententia de quadriennio non currente ignoranti apud nos reciperetur, quoniam ita nemo vnquam rerum ſuarum ſecurus eſſe poſſet vel optimæ fidei poſſeſſor, quoniam hoc modo etiã poſt mille annos reſtitutio peteretur. Quo pertinet, quod ſicùt minoribus currit tempus à 25. anno, aut ad ſummum præſcriptione completo, quod probat *Sf. Od l. q. 20 art. 1.* ita Eccleſiæ a tempore perfectæ læſionis quadriennium currit, quam communiſſimam ſententiam vix vno & altero diſſ. refert & ſequitur *d. quaſt. 20. art. 3. & gl. in cap auditis. de reſtit. in integr. verbis, iure minoris.*

LIT. C D & E.

Quod *lit B in fi* ait Treutl. propter noua inſtrumenta ex cauſa ignorantiæ contra rem iudicatam maiori reſtitutionem dari, hic nõ exequimur, quoniam ipſe Treutl. *ad diſputat. 23. partis 2.* ſe remittit. Profitemur ſaltem contrariã nobis placere ſententiam, pro qua etiam ſupra *diſp 7. theſ. 6 lit C.* aliqua ſunt diſputata. Literis autem hic notatis hoc proponit Treutl. quod remoto per iudicium reſcindens præſcriptionis obſtaculo, vtilem actionem & reſciſſoriam læſi recipiant, quæ ipſis perpetuò competat. Quibus verbis duplicitas iudicij *ſupra theſ. 1.* refutata, vitioſè adſtruitur: & hoc quoque, quod actio reſciſſoria non ſit noua, ſed illa ipſa, quæ antè præſcriptionem impletam competebat. Item quod reſciſſoria actio nõ ſtatim à die reuerſionis, & ita ſublati impedimenti competat; & amplius quod quadriennium *l vltim. Cod. de temp. in integ. reſtitut.* remedio reſcindenti non reſciſſoriæ actioni præfinitum ſit: Quæ omnia falſa ſunt, & ſupra reprobata & confutata, vt ea quaſi per iudicem hic propoſuiſſe ſatis ſit, & adeò peſſimè hic diſſentit à *Cuiac. 18. obſeruat, 29.* qui rectiſſimè quadrienniũ reſciſſoriæ actioni definitum ſcribit. An autem intra quadrienniũ omninò finienda ſit, ſupra explicatum eſt. Omninò autem inconſideratè actionem reſciſſoriã perpetuam appellat: quid enim ſi præſcriptione excluſa ſit actio temporalis? quales quidem etiam ſunt actiones, quæ ex dominio competunt, & vſucapione tolluntur. Quin etiamſi actionem proponas perpetuam, attamen, cùm reſtitutio non plus reponere debeat, quam abſtulit abſentia vtique temporalis, vel hac de cauſa non conuenit reſciſſoriam actionem ſub prima perpetuitatis qualitate concedi: vt probabilius dici poſſit, actionem reſciſſoriam tanto tempore durare, quantò alias non interueniẽte abſentia duratura fuiſſet. Sed & hæc commentitia opinio eſt, ſicut & illa Dd diſtinctio, relata à Gomeſ *in §. rurſus, Inſt de action. numer 2. ex Br. & Dd. in l & honor. 35. de Obl. & Act.* an actio plane extincta ſit, an adhuc ipſo iure ſuperſit: illo caſu reſciſſoriam actionem datiuam eſſe, & non niſi prius inſtituto reſcindenti iudicio competere: hoc autem caſu natiuam, & quę ſtatim ſub qualitate illa actionis reſciſſoriæ competat. Veritas autem hæc eſt, quam ſupra propoſuimus, quod actio reſciſſoria non priſtina actio ſit, ſed noua, & quæ recta à prætore v. c reuerſis propoſita ſit à prætore, eaque tantum annalis (hodie quadriennalis) quoniam contra ius commune conceditur: quod quidem perſpicuis textibus iuris probatur *in § rurſus, Inſtitut. de action l in honorariis 35. in fin princip. de obligatio. & action. l. ab hoſtib. 18. C de his qui poſtlimin. l. vltim. C. ex quib. cauſ maior. l. 3. C. de reſtitut. milit.* facit ſupra hac diſputat. th. 1. lit. B citatus §. *ſed iſta Inſt. d. action. in fin.* in quo propoſita formula actionis reſciſſoriæ actioni priſtinæ per vſucapionem excluſæ nullo modo competere poteſt. Erronea igitur plane eſt iſta, quam Tr. cum Doneli. defendit, opinio, licet eam probare videatur *VVeſenb. in parat ex quib. cauſ maior nu. 9* vbi etiam actionem reſciſſoriam eam eſſe, qua reſtitutio à prætore petitur, omninò abſurde exiſtimare videtur.

Quæ non eadem cum Public]Hoc quidem apertiſſimum eſt, nec quicquam a Donell. hic contra Dd. proponi vid o, & ſuſpectum eſt, quod nemine citato pleroſque diſſentire ait. Plane ſi publicana in genere pro vindicatione prætoria ſumatur, reſciſſoria tanquam ſpecies ſub eam referri poſſet.

Digitized by Google

THESIS XVIII.

LIT. A.

Quod in vindicationibus ſemper.] Paulò obſcurius loquitur, ſed hoc puto, dicere vult, quod huic edicto in actionibus in rem ex parte actoris & rei: in perſonalibus, quia alius debitor inuito creditori ſubſtitui nequit, ex parte actoris tantû ſit locus. Et video quidẽ ab *Accurſ. in l. itẽ ſi res, §. ſi quis autem, h. tit.* edictum iſtud etiam ad actorem porrigi, ſed *ex d. §* ſatis probati non video, & *in l. ult. D. eod* quæ etiam adducitur à Cuiac. *tr. obſeruat.* 3 (qui tamen 8. *obſeruat.* 31. edictum illud ad reum non obſcure reſtringit) caſus ſpecialis & ſingularis eſt iudicij mixti, vbi vterque actoris & rei vicem ſuſtinet.

LIT. B.

Nam & ſi perinde teneatur.] Dubium mouet, quod *in l. 1. § ult. h. t.* traditur, ſi doloſus alienator paratus ſit vtile judicium pati, perinde ac ſi poſſideret, denegandam in ipſum actionem ex edicto: ex quo colligi poſſe videatur, inuitum cum iudiciũ illud vtile ſuſcipere non cogi. Facit etiam vulgatum illud, quod remedium ordinarium faciat ceſſare extraordinariũ. Et dubitari poſſit, an qui ante iudiciũ cœptũ etiam in fraudem alterius rem alienauit, actione in rem conueniri poſſit: quod ſc. in hac ex parte rei requiratur poſſeſſio. & hic licet dolo, iure tamen poſſeſſoris vſus, rem trãſtulerit in alium, quam ſententiam ex Panormitano proponit & probat Jaſon *in §. 1. Inſtitu. de act. n. 78. eamque ſequitur Zaſius ibid. n. 21.* pro qua etiam adduci poteſt *l. 52. de R. I.* Eaque prætori, vt hoc edictum proponere, cauſa fuiſſe videtur. Et item ſane in eam Iaſon. ſententiã, niſi reuocare textus *in l. 27. §. 3. de rei vind.* (in quo tamẽ ſuſpecta videri poſſit manus Tribon vel propter ſtylum, vel propter vitioſã illationem à petitione hæreditatis. in qua vtpote iudicio vniuerſali non tam de rebus ſingulis, quàm de iure poſſeſſoris diſputatur) & *in l. 1. §. ſi. de tigno iuncto*, vbi qui ſciens junxit conuenitur ad exhibendum eo colore, tãquam ſi dolo malo poſſidere deſiiſſet: quorum textuũ miror à Iaſ. & Zaſ. nullam fieri mentionem. Neque obſtabit *l. 52. de rei vindic.* quod diuerſa ſit cauſa hæredũ, in quos hæc quaſi dolo pœna tranſire nõ debet, & dolus pro poſſeſſione eſt fictione iuris: quoad illum ipſum qui dolum commiſit. Quod *ad l. 3. § ult. h. t.* attinet, dicendum eſt, quod actio quidem ex edicto euitari poteſt, excipiendo vtile rei vindicationem, ſed non vice verſa euitari poterit actio vtilis, etiamſi quis prætorium iudicium ſuſcipere ſit paratus.

Si tamen nolit actor.] Apparet ex *d. l. 3. §. vlt. h. t.* ius quidem eligendi eſſe actori, vt tamen vtile iudicium rei vindicationis, in reum illud ſuſcipere paratum, dictate cogatur: vt proinde non recte ſimpliciter hoc affirmetur à Tr. *ſi nolit actor, &c.* ſiquidem hac via vtilis rei vindicatio-nis aliquando cogitur vti.

Quin et ſi agat.] Videri poſſit Tr. confundere diuerſos caſus rei alienatæ & actionis ceſſæ, q, alias in quem res tranſlata eſt, & qui poſſidet, vtique non agat. Sed ſcilicet Treutl ad caſum ſpecialem iam *lit. A.* propoſitum reſpexiſſe videtur, qui extat *in l. vltim. D. h. t.* vbi quis rem ab eo emit, qui iudicio comm. divid cõueniendus erat, cui quidem ſi actio detur, eum eriã ſocius neceſſariò pro poſſeſſore agnoſcere, & cum eo litigare cogeretur, & ita actionem ex edicto prætoris amitteret. Tentari tamen poſſit, petitorem forte poſſeſſionem rei alienatæ nactum, exceptione ex hoc edicto defendi debere.

LIT. C.

Præſens alienatione non mutatur.] Rationem ſubijcit Tr. quia quando res litigioſa facta eſt, alienatio nullius ſit momenti. Quæ ratio nulla eſt, quia licet alienatio valeret, nihilominus tamen iudicium non mutaretur: ſiquidem haud dubie ille condemnatur, qui poſt litem cõteſtatam poſſeſſionem dolo amiſit. Cæterum illud, quod de nullitate alienationis proponitur, non male probatur ex *l. 2. & ſeqq. C. de litigioſ.* Sed de iure veteri Digeſtorũ res non caret dubio, propter *l. 18. & 20. de rei vind.* & quod alienatione facta iudicium vtiliter peragitur contra alienantem: tũ denique *arg. tot. tit. D. de litigioſ.* quo proponitur exceptio litigioſi, quæ ſc. contra eum locum habet, qui iudicio cœpto rem accepit, ſi forte amiſſa poſſeſſione experiatur: quod ipſum argum. eſt, alienationem ipſo iure ſubſiſtere: vt proinde non ſatis intelligam, quid ſibi velit Tr. dum ait alienationẽ eſſe nullam ſaltem ope exceptionis. Vtique iure nouo ita nulla videtur alienatio, ut ſententia eum contra tertium, in quem res alienata eſt, executioni mandari poſſit. Et illud tamen nihilominus verum puto, quod edictum hoc prætoris ad alienationem, quæ cœpto iudicio facta eſt, non pertineat: ex hac nõ obſcura ratione, quod hoc caſu iudiciũ contra doloſum alienatorem peragitur: atqui qui iudicium vtile pati vult, etiam ab initio, actionem prætoriam ex hoc edicto euitat. *l. 3 §. vlt. hoc tit.*

Digitized by Google

Disputatio XII.

DE IVDICIIS.

Reſpondente

Gerlacho Schefeero Brunſvvicenſi Saxon.

THESIS I.

Lit. A.

De definitione non admodum ſumus ſolliciti poſſent ſanè ommitti verba, *rei controuerſa*: quia apud judicem, qua talem, non diſceptatur, niſi de re controuerſa: fortaſſis & illa, *inter litigantes*: quia non niſi inter inuicem ſibi contradicentes apud iudicem diſceptari ſolet. Quod autē hunc titulum contra Cuiacium ait eſſe generalem, ex eo dubium fit, quod diſceptatio iſta, per quam ipſe iudicium definit, *in ſeqq. hac p. 2. titulis* ſpecies ſubiectas nō habet, ſine quibus nullum genus conſiſtere poteſt: *v. Ioh. Dauth. in tr. de teſtam. explic legum in rubr. num. 2. fol. (mihi) 471.* neque mover, quod *in conſtit. qua incipit. omnem Reip. §. in ſecundo 3. ſecunda pars Digeſt. lib. 7. de iudic.* dicuntur: quia ad inſtar edictorum prætoris, pars illa ſecunda à primo titulo nomen ſortitur.

Lit. D.

Proponitur hic vulgata diviſio iudicij ciuile & criminale, & hæc diſtinguendi ratio, quod in illo ad commodum priuatum, in hoc ad pœnam corporalem, ſeu pecuniariam fiſco applicādam agatur. Vbi minus commodè ſe habet, tum quod non videtur directa oppoſitio inter commodum privatum & pœnam corporalem, tum præcipuè, quod duo illa membra, quæ ad alteram ſpeciem referuntur, nihil admodum inter ſe commune habere videntur. Et parum intereſſe videtur rei, an pecuniam fiſco, an actori perſolvat, vt adeò inde, quod lex pecuniā vel huic vel illi vult exſolvi, non videantur ſpecies iudicij variari. Planè cauſæ actionum ex conuentionibus diſtinguendæ hic ſunt a cauſis actionum ex delictis. quod illæ quidem ſimpliciter ſunt ciuiles, in his autem ſub diſtinctione opus eſt, quod ex alijs pœna actori, ex alijs quodammodo Reipubl. applicetur: ex quibus hæc iudicia demū criminalia ſunt, quia in his verè de crimine tractatur, & pœna delicto adæquata: quod aliàs, vbi actor pro ſuo commodo experitur, non tam de caſtigatione delicti, quàm de eo quod partis intereſt, agi videtur. Porrò diſtinctio hæc iudiciorū etiam ab ordine & modo procedēdi, de quo aliqua *Briſſon 2 ſelect. antiq. 1.* & amplius inde quoque deſumi poſſe videatur: quod in ciuilibus ad reſtitutionē rei vel damni dati, & id quod noſtra intereſt: in criminalibus autem ad pœnā agitur & vindictā. Cui tamen obiicitur, quod & actiones civiles multæ ſunt ad duplum, triplum, quadruplum, & nominatim actio iniuriarum etiam ciuilis nō vno loco dicitur eſſe ad vindictam Niſi reſpondeas 1 actionem hanc dici ad vindictam reſpectiuè & quatenus comparatur cum alijs actionibus, quibus id quod verè nobis abeſt, perſequimur, cæteroquin in eam dicitur venire æſtimatio iniuriæ *§. pœn. 7. Inſtit. de iniur.* 2. Damni æſtimationem eſſe vel veram vel à lege expresſim definitam: nam & in bonæ fidei actionibus ſi in litē iuratū ſit, ſæpè multò plus vera quantitate & æſtimatione rei præſtatur: & in illis actionibus, duplum vel triplum, ad proportionem eius quod nobis abeſt, æſtimatur.

THESIS II.

Lit. A.

Iudicii initium litis conteſtatio.] Inter diſſ. allegat Vigelium, cui litis cōteſt. ſit conſtitutio ſtatus cauſæ. Atqui huic aſſertioni non eſt cōtraria illa, quod litis conteſtatio ſit initiū iudicij. Tr. verò diſſent opiniones, an citatio an litis conteſtatio ſit initium iudicij, ratione effectus conciliari hinc poſſe ait, quod in realibus res fiat litigioſa per citationem, in perſonalibus per litis conteſtationem. Quæ conciliatio, ſiquidem ad quæſtionem propoſitam aliquid cōferre debet, ſequetur hanc eſſe differentiam realium & perſonaliū actionū, quòd in illis per citationē, in his per litis conteſtationem iudiciū incipere dicatur. Quod vtiq; planè nouum & ſuſpectum eſt: Neque ſi in realibus citatio ſpecialem habet effectum, vt res fiat litigioſa, propterea etiam protinus iudiciū eſſe dicendū eſt nā & in perſonalibus etiam lite nondum conteſtata ex ſola prætoris aditione, effectus litis pēdentiæ, præventionis & prorogationis, & c inducuntur. Ideoque ſimpliciter dicendum eſt, quod citatio nec pars ſit nec initium iudicij quia nulla adhuc controuerſia eſt: & ad eum tantum finem fit citatio, vt pars compareat, quaſi contradicat,

tum

Digitized by Google

tum demum diſceptatio cauſæ, in qua iudicij eſſentia eſt, naſcitur: eoque præſente aliàs parte nulla citatione opus. Planè ſi diſceptatione ſequuta, paulò laxiùs vniverſam illam tractationem ſub iudicij nomine comprehendas, non adeò abſurdè citatio principium iudicij appellari poteſt. Nec malè *Obrecht. de lit. cont. c. 1. num. 8.* citationem inſtituendæ actionis, litis conteſtationem litis exordium appellat. Et iſto ſenſu etiã Tr. accipere videtur judiciũ *in verſ. de iure, &c.* vbi initiũ iudicij criminalis dicit eſſe clamorẽ: id tamẽ, hoc loco, quo in genere de iudicijs tractatur, minus cõmodè proponi videtur.

In realibus rem fieri litigioſam] Duplex eſt quæſtio, altera de effectu, de quo aliquid dictũ *diſput prac th. vlt* altera, de cauſa efficiente, quando & per quid res fiat litigioſa: quod cum Dd. expedit Tr. per diſtinctionem inter actiones in rem & perſonam, quæ differentia extitiſſe videtur ex *N. 112. c. 1.* cum iure veteri, ut Covarr. citatus ſcribit, indiſtinctè poſt litem conteſtatam demum res litigioſa fieri diceretur. Et verò non videtur litigioſa res dici poſſe, niſi quæ in iudicium deducta, & ſuper qua iudicium eſt acceptum, quod fit per litis conteſt. *l. vn C. de lit. cont.* facit *l. 1. in pr. de litigioſ.* Attamen ratio differentiæ ex ratione iuris inter actiones in rẽ & perſonam duplex dari poteſt: tum quod illæ iure dominij intendantur, hæ ex contractu, & vbi v. c. ex ſtipulatu vel teſtamento agitur, reus ſine controverſia dominus eſt: tum quod in his nemo præcisè ad tradendum condemnari poſſe videtur: quo fortaſſis reſpexerunt, qui in his actionibus rẽ litigioſam fieri negaverunt, quorum multas citat *Covar à Tr. alleg.* Planè *in l. 2. C de litig.* textus eſt generalis, per quem & actionem in iudicium deductam, & rem petitam litigioſam fieri probatur: neque quod aut reus dominus eſt, aut præcisè ad rem tradendam nõ condemnatur, inde rem non effici litigioſam ſatis firmiter probari poteſt: & illud tamen & altioris & alterius eſt indagationis.

Iure veteri quando propriè.] Expeditũ non eſt, in quo iure antiquo poſita fuerit litis conteſtatio. Non videtur abs re eſſe, quod ex Feſto proponitur, vt litem conteſtari ſit, quaſi teſtari litem, & certum perſpicuumque facere, quod inter ipſos lis ſit: quomodo Ciceroni pro Flacco virtus conteſtata, perſpectam cognitamque virtutem ſignificat. Sed videtur poſtea, (quod etiã obſervavit *Obr. de lit. cont. c. 1 nu 16. & . o & c. 5. in pr. & n. 21.* vbi notat, initio litis conteſtationem eam dictam fuiſſe, qua teſtes compellabantur, vt conſtaret, iudicium eſſe cõſtitutum: deinde controverſiæ ipſam conteſtationem, ex narratione actoris & cõtradictione rei conſtantem, dictam litis conteſtationem) deſueta fortaſſis illa conteſtandi formula, conſequens vſurpatum pro antecedenti, per textum nõ obſcurum *l. un C. de lit. conteſt.* vbi litis conteſtata dicitur, vbi judex per narrationem negotij cauſam audire cœperit: quæ deſcriptio vtpote ex conſtitutione Severi & Antonini: cùm etiam ad ius vetus referri poſſit, & tamen deſcriptioni illi ex Feſto non conveniat, non rectè ſimpliciter huic quaſi opponitur: cùm præſertim ipſe *lit. C. per iot Digeſt.* ex quo ad deſcriptionem Feſti probandam (ſed malè) textus adducit, ius illud vetus intelligat. Nimirum litis conteſt. tione iudicium ſuſcipi dicebatur; quod initio ſolenni illa teſtatione, poſtea ipſius cauſæ apud iudicẽ expoſitione factum videtur. Cæterum ſublata datione pedaneorum iudicium, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcere cœperunt, hoc quoque ſimul conſequutum videtur, vt ſimplex narratio non ſufficeret, aut cauſæ auditio, ſed vt ſc. iudicium acceptum dici poſſet, mutua contradictio requiretur: eoque refero textum ad hoc expreſſum *in l 14. § C h tit.* & quod ibi proponitur, non de eo quod frequentius obtinet, vt malè eum locum accipit *Sichard. in l un. C de lit conteſt. in pr.* ſed quod perpetuo & neceſſario litis conteſtationi ineſt, explicandum autumo, ita vt nulla litis conteſtatio citra contradictionem partium eſſe poſſit: quæ etiam communis eſt Dd ſententia, *Salic. Bald & aliorum in l vn in pr. C. de lit. conteſt.* licet ijdẽ frequentius poſt Gloſſ. ibid aliquando per confeſſionem litis conteſtationem induci tradant *Bald in d l. vn Cyn ibid, num. 4 Bart & Caſtrenſ ibid. in fin.* quod non admittendum cenſeo, niſi confeſſio illa implicitam habeat vel præſumptivè ſequuturam, & reſervatam contradictionem: cæterequin fatenti, de ſolvendo præceptum fieri, & ad id terminus ſtatui debet: quod magis videtur probare *Salicet in d. l un. num. 7. poſt alios relatos à Bald ibid. Obrecht. de lit cont c 2 nu. 18 facit l. 7. de procurator. & l 16 iudicat ſolvi.* Et fruſtra à Sichard & alijs objicitur *l 2. in pr C. de iuram calumn* quia intelligenda eſt reſponſio ſecundum ſubiectam materiam, qualem ſc. litis conteſtatio exigit & quam ibi intelligi argumento eſt, quod ibi tã & a partibus & procuratoribus, juramentum calumniæ Iuſtin vult interponi. Ex his ſequitur,

Digitized by Google

tur, cum intentio actoris ſemper affirmativa ſit, litis conteſtationem, quæ in contradictione conſiſtit, non niſi in negatione ex parte rei cõſiſtere poſſe: cuius formulam proponunt Dd. *in d. l. un. C. de lit. conteſtat. nego narrata & dico petita fieri non debere*; ita tamen ut alterutrum ad inducendam litis conteſtationem ſufficere exiſtiment Dd *ibi. Cyn. num 7 Bart. & Caſtrenſ. num. 4. Salic. num. 3. Sichard. num. 8* His conſequenter ſtatuemus, litis conteſtationem à parte rei non fieri affirmativè, cum Vigelio, quem non ſatis ex fide bona videtur reprehendere *Gaddeus in l. 36. d. V. S. num 9.* vbi putat, litis conteſtationem non eſſe controverſiæ cõſtitutionem, ſed litis actionisque in judicium deducendæ teſtationem:) quoniam ut paulò ante dictum hæc deſcriptio competit iuri antiquiſſimo, (ſecundum quod non quandam, ſed omnem litis conteſtationem vtrinque affirmativam eſſe nemo ſanus, tantum abeſt ut Vigelius negaverit) non iuri novo, minimè verò noviſſimo & noſtris moribus recepto, ſecundum quos Vigel. litis conteſtationem definiiſſe intelligendus eſt, quod perſpicuum eſt ex ipſius libello *de lit. conteſt. cap. 1. ex d. l. 14. §. 1. C. h. tit.* vbi requiritur contradictio, quæ nulla eſt in ea teſtatione, qua reus & actor ſuper lite aliqua ad iudicem ſe ire conteſtantur. Illud quoque ibid. malè Gedd quod objectione exceptionis confeſſioni ſubjecta, lit. conteſtationem affirmativè fieri exiſtimat: ſiquidem, quod omnes notant *in dict. l. un* eiuſmodi exceptionis obiectio, veram in ſe continet debiti & intentionis negationem: ne dicam, quod per obiectionem exceptionis non videatur induci lit. conteſtatio: tum *ex textu in cap. 1. & 2. de lit. conteſt. in 6.* tum hac ratione, quod cum litis conteſtatio ſit, quaſi quædam legitima pugna, vnde Germanis dicitur Kriegsbefeſtigung/ & adeò requirat contradictionem mutuam *per text. in l. 14 §. 1. C. de iudic.* nuda obiectione exceptionis, ſiquidem hic conſiſtatur, contradictio mutua non inducitur: quia vtrumque, & reum debere & v. c. pactum interceſſiſſe, verum eſſe poteſt. Ideò fortaſſis dicendum fuerit lit. conteſtationem fieri ſi vel reus ſimpliciter neget ſe debere; vel eo fatente & de pacto excipiente, actor contra replicando pactum ſe eſſe neget: adeoque hoc caſu reo affirmante, & actore negante, litis conteſtatio inducitur, quatenus hic excipiendo & aſſerendo actoris, actor contra replicando & negando rei vices ſubit. Planè ſi reo excipiente actor porrò procedi petat, ſatis eo ipſo exceptioni rei contradicere: & prior rei contradictio in puram negationem reſolvi, & hactenus defendi poſſe videtur: quod per exceptionis obiectionem litis conteſtatio introducatur: quam communem Gloſſ. & legiſtarum ſententiam eſſe, apparet ex iis, quæ *in d. l. un. C. de lit. conteſtat.* tradunt *Sichard. num 11. Salicet. num. 2. & 3. Bald. & Bart ibid. num. 12. Caſtrenſ. num. 6.* apud quos aliæ quoque extant reſponſiones *ad d. cap. 2. de lit. conteſt. in 6.* Et hoc eſt quod ait *Obrecht. de lit. cont. c. 6. num. 18 & c. 8.* ſola reſponſione, ſi actor ad ulteriora non procedat, non induci litis conteſtationem: &, nondum eſſe litis conteſtationem, ſi reus oppoſita exceptione diſtinguat, ſed ubi actor porrò contradicit, *poſt Nic. Vigel. in d. libello de lit. conteſt. c. 1.* expectabitur, inquit, adverſus rei exceptionem ſive diſtinctionem, actoris reſponſio & replicatio. Neque movet, quod pto Guid. de Suſaria apud Dd autores affertur, 1. quod qui excipiat, non reſpondeat libello. 2. quod exceptio ante propoſita reſervari dicatur poſt litis conteſtationem. Quia reſponderi poteſt, ad prius: ſufficere quod per exceptionem negatur petita fieri debere: ad ſecundum: quod vel diverſa ratio ſit iuris veteris & novi, vel quod de reſervatione dicitur, potius ad exceptionis probationem pertinere. Porrò *Iacob Curtius 1. coniect. 30.* planè diverſus tãtum ex perſona actoris litis conteſtationem æſtimat: quod cùm conteſtatio vim habeat denuntiandi, quãdo actor iudicialiter litẽ proponit & denuntiat, litẽ conteſtari dicendus ſit: ne aliàs quaſi à voluntate rei pendeat quando effectus litis conteſtatæ incipiant habere locum. Verum hæc ſententia ius nimis antiquum ſapere, & ratio ſubjecta nõ concludere videtur: vel quia ſtatim præſumitur contradicere reus, vel quia ei moranti dies terminuſque præfigi, & ſi non pateat aliis legitimis remediis contra eum procedi poteſt.

LIT. C.

Teſtato facta.] Videtur in verbo, *teſtato*, emphaſin aliquam collocare, & teſtes ad eſſentiam litis conteſtationis requirere. Quod non videtur convenire deſcriptioni *in l. un. C. de lit. conteſt.* quæ ſimplicem narrationem coram iudice factam requirit. Idque etiam notat *Obr. de lit. cont. c. 1. n 21.*

Illud etiam ex ſuperioribus] Neceſſariò requirit, vt utraque pars coram iudice litem cõteſtentur. Id verò iuxta traditam ex iure novo definitionem ex præcedd. non infertur: ideoque non rectè citantur autores, quibus deſcriptio Treutl. nunquam

quam venit in mentẽ; & peius adducitur *Myn*ſ*. cent. 4, obs.* hoc diſputãs, an ubi utraque pars in iudicio præſens eſt, aliqua litis conteſtatione ſit opus: quæ quæſtio planè diverſa eſt ab hac, an ad litis conteſtationem faciendam utrinſq; partis præſentia neceſſariò requiratur: quod licet affirmetur etiam à Salic. *in ſæpè d. l. un. C. de lit. conteſt. n. 2 poſt Bald. ib. col. 2 & Bart. n. 8. & ſeqq.* fortaſsis tamen non improbabiliter cõtrarium defendi poſsit cum Sichardo *Obrecht de lit. conteſt. c. 6. nu. 5.* qui putant rectè fieri litis conteſtationẽ, ſi actor hodie petente, die craſtino reus reſpondeat animo litem conteſtandi etiam actore abſente; ſiquidem quod actor ſemel propoſuit iudicialiter, revocare facilè non poteſt, & quæ in iudicio fiunt, autoritate publica capiunt robur, ut vel hinc à ſtipulatione ad litis conteſtationẽ non rectè duci argumentum appareat. Et ergo utrumque hoc defendi poteſt, quod & ex intervallo, & per epiſtolam litis conteſtatio fieri poſſit, quæ & ſententia videtur *Caſtrenſ. in l. un. C. de lit. conteſt.* ubi ait ſufficere reſponſum per ſcripturam, neque unquam ſe vidiſſe id vocari in dubium.

Lit. D.

Proponitur hic effectus litis conteſtationis, qui poſitus eſt in actionis perpetuatione: ex quo Treutl. concludit, quod actiones per litis conteſtationem in annos 40. extendantur. *ex l. ult. C. de præſ. 30. ann.* Verum hac in re, phraſi illa, qua actiones lite conteſtata perpetuari dicuntur, eum abuti exiſtimo, quæ ſc. ex ratione iuris hoc ſignificat, quod actiones, quæ aliàs tempore vel morte rei perituræ fuiſſent, iudicio incluſæ, maneant ſalvæ, & peragantur, licet poſtea dies earum exierit, vel reus deceſſerit: quæ ſententia colligi poteſt *ex l. 124. & 181. de reg. iur. l. ordinata, 24 de lib. cauſ. l. omnes. 26 de oblig. act. §. 1 in fin. Inſt. de perpet. Act.* Atquin in conſtitutione Iuſtin. *in l. ult. C. de præſcript. 30 ann.* quo Tr. huncce effectum refert, non eo ſenſu uſque ad 40. annos porrigi dicuntur actiones, quod tamdiu vivant, ſi intra moras iudicij tantum tempus prætererit: ſed quod etiam omiſſæ intra illud temporis ſpacium repeti, & in iudicium reduci poſſunt. Quæ ſanè ſanctio abſurda videri poſſit: ſiquidem cum ex L. Theodoſij tempus perpetuum in tricennium mutatũ ſit, incõveniens videatur, actionem ſemel deſertam & omiſſam intra 40 annos iterum proponere licere; cum præſertim mira eventurum ſit, ut actio uſque ad 70. annos producatur: maximè cum Iuſtinianus *in d. l. ult.* 40. illos annos non à die litis conteſtatæ, ſed à tempore omiſſæ cognitionis velit computari.

Lit. E.

Quod & de realibus.] Dubium hoc videtur, ſi rationibus agetur: quod conſtitutio exorbitans potius ſit reſtringenda, & aliàs non nimis extẽdenda præſcriptionum tempora, ſatis alioquin producta à Iuſtin. Et hac ſententia continget ſæpè, ut vix 50. annis dominium quis acquirat: quid enim ſi petitor decimo nono fortè anno intentatam actionem omittat? quin & ita eveniet, ut melioris conditionis ſit, qui perpetuò rẽ mala fide tenuit, quam cuius bona fides ſaltẽ per litis conteſtationem ſollicitata fuit: quod ille ſc. 30 annis rem acquirit: huic præter tempus antea elapſum 40 annorum præſcriptione ſit opus. Et quod dicitur poſt litem conteſtatã, omnes poſſeſſores eſſe pares, maximè ratione fructuum dicitur, alias æquiſsimũ eſt eum potiorẽ eſſe, qui ſaltem per controverſiam moram de iure ſuo dubitare cœpit. Producendis autẽ perſonalibus actionibus eò probabilius indulgere poſſumus, quod ex iure veteri perpetuæ erant, & in pleriſque earum nec titulus nec bona fides reum defendit. Quæ licet ita diſputari poſſint, reſiſtere tamen videntur verba Iuſtiniani *in d. l. ult. C. de præſcr. 30 ann. & in l. 1. §. 5 in fin. C. de annal. exc.* ibi, *licet perſonalis actio*, quæ minorem etiam in realibus actionibus dubitãdi rationem eſſe evincunt. quod etiam ita ſimpliciter affirmat *Cyn. in d. l. ult. in fin.* eiuſque rei ratio fortaſſis à iure dominij, quo in realibus petitor nititur, deſumenda videatur. Ego tamen propter rationes ante dictas cum Salic. *in d. l. ult.* ad illas actiones reales, quæ 30. etiam annis verbi cauſa propter malam fidem poſſeſſoris durant, reſtringere hoc malim: pro qua ſententia optimum, argumentum ſumi poteſt ex ipſa ſæpe *d. l. ult. C. de præſ. 30. ann.* ubi Iuſtinian. conſtitutionis ſuæ hanc reddit rationem, cur 30 annorum exceptionem obſtare nolit, quod non ſit eadem cauſa eius, qui ſemel actionem movit intra 30. annos, & eius qui omninò tacuit: ut proinde neceſſariò de eo accipiendus videatur Iuſtin. qui intra 30 annos agendi habuit poteſtatem.

Et temporalibus.] Homonymon hoc verbum eſt, nam & actiones in rẽ, quæ 10 vel 20 annorũ ſpatio excluduntur, temporales ſunt: ſed oppoſitio arguit Tr. agere de actionibus perſonalibus, quibus à lege certũ tempus præfixum eſt.

In

Digitized by Google

Jn his autem ex rationibus antè dictis multò minus novam illam Iuſtin. conſtit. admittam, ſed eas ad ſummum vſq; ad 30. annos litè ſemel conteſtata extendi ſtatuam: vt quod natura ſua ſunt actiones perſonales, olim perpetuæ, id per litis conteſtationem efficiátur actiones temporales, quibus hæc diuturnitas meritò ſufficere debet. Accedit, denique & hoc, quod alioquin nimis inæqualis futura eſſet proportio, ſi litis conteſtationem, quæ decennium tantum adjicit actionibus perpetuis temporalibus vltra 30. annos adijcere diceremus. Nec eſt, quod obijcias, quò breviores ſunt actiones, eò magis ipſis, in facienda extenſione per litis conteſtationem eſſe favendum: quia imò ex ipſa à lege præſcripta brevitate minus favorabiles has actiones eſſe, conſequitur, vt adeò in caſu litis conteſtato nimium ijs favere fuerit abſurdum. Secundum quæ explicanda eſt *l.1 §.1.in fin.C.de annal. exc.* & generalitas illa *omnibus actionibus* ex præcedentibus coercenda & limiranda ad eas actiones, de quibus *in princ.d.§* tractatur, id eſt, perſonales quæ 30. annis durant. quales regulariter omnes ſunt, quæ ex conventionibus deſcendunt. Fruſtra autem à Tr. adducuntur textus ex jure veteri: quoniam, vt paulò ante monitum, longè alio ſenſu illis locis, quam à Iuſtin. *in l ult. C.de praſcr. 30 ann* per litis conteſtationem actiones perpetuam dicuntur.

Qui de lite non conteſtanda] Diverſam ab hac quæſtionem tractant *Cyn Salic. & aly Dd.in l un. Cod.de lit.conteſt.* an ſc. negans intẽtionem actoris, intelligatur litem conteſtari, ſi negationi proteſtationem de non conteſtãdo litem adjunxerit: quod quidẽ communius negari videtur, *Cyn.in d.l.un.num.8.Bart.ibid.num 15 & ſeqq.Salic.num.4.Caſtr.n 9.* apud quos etiam allegantur diff. ex eo, quod litis conteſtatio ſit actus neceſſarius, & proteſtatio contraria facto, & circa illa demum facta proteſtatio aliquid operetur, quæ dupliciter intelligi poſſunt: quæ ratio eſt Bald *in d l.un.col.2.* niſi quis eum Bart. ideò proteſtationem adjectam interpretetur, quod reus de contradicendo non ſatis certus, confitendi, & à lite recedendi facultatem ſibi voluerit reſervatam.

THESIS III.

LIT. A.

Principales perſona.] Si proceſſum ipſum conſideras, his non rectè opponuntur procuratores, ex ratione juris Romani: quo procurator dominus efficitur litis, ab eo non niſi cauſa cognita judicium transferri poteſt. ipſe citandus, & in ipſum ſententia ferenda: quæ probata ſunt diſp. 9. & quorum adeò reſpectu procurator perſona principalis appellari poſſit.

LIT. B.

Diſtinctio judicum hic propoſita ad rationẽ juris antiqui Romani planè vitioſa eſt, quo magiſtratus non erant judices ordinarij, ſed pedanei judices dicti, cauſis cognoſcendis & decidẽdis deputati. Quod ſi conferas th. 7. planè confuſim hanc rem à Tr tradi deprehendes: quod ibi notata de datione judicum hac th. 3. propoſitis planè non conveniunt Et præter confuſionem juris antiqui & novi, æquivocè utitur verbo, *judicijs*, & magis verbis, *ordinary & extraordinary* Equidem hoc receptum eſt, vt magiſtratus ipſi de cauſis ordinariè cognoſcant: vt proinde, Imperator, reges, &c. vt qui rariſſimè de cauſis cognoſcere ſolent, vix inter judices ordinarios ſint referendi: quippe cum tales dicãtur, qui huic muneri iuris dicendi præfecti ſunt: officium autem principum, licet illos jus dicere, aut ſenatum ingredi, nihil prohibeat, in alijs partibus occupatur: cùm præſertim ex rationibus politicis officium judicis ab officio magiſtratus ſeparatum ſit, quomodo paſſim Ariſt. in polit. tribus rebus, ſenatu magiſtratibus & iudicibus adminiſtrationem Reipubl. contineri ſcribit: vt ideò quoque non ſatis benè Treutl. judicem definiat eum, qui judicat jure magiſtratus.

Tales hodie eſſe aſſeſſores.] Rectè Treutl. aſſeſſoribus Cameræ ordinariam tribuit jurisdictionem: quod colligitur ex generalitate ſive univerſalitate, & perpetuitate juriſdictionis: quæ duo conjuncta omninò arguunt & evincunt ordinariam iuriſdictionem.

Olim magiſtratus ipſos.] Quæritur an magiſtratus ipſi olim potuerint judicare: in quo Treut. argutari videtur; dum prætorem extra ordinem judicare potuiſſe, ordinariè iudicare non potuiſſe affirmat: ſiquidem ſi ex ratione juris antiqui ille tantùm proceſſus ordinatius dicatur, vbi partes cùm formula ad judicem pedaneum mittuntur, contradictio hæc fuerit in adjecto, prætorem ordinariè judicaviſſe. Sed nimirum hoc quærendum eſt, an prætorij ſe nullo judice pedaneo dato in cauſis privatis potuerit judicare. Quod contra Duarenum *diſp. 13. & in l. 7. de pact.* (vbi tamen prætorem judicare nequiviſſe non ait) & Tr. affirmandum videtur: cum *Scip. Gen. 1. de Iuriſd. 28.* vel quod

alias

aliàs legem illam, qui privata judicet judicarive jubeat, prætor eſto, inter leges ſuas non retuliſſet Cicero: (inde enim uſus eius ſeculi cognoſcitur: proinde fruſtra eſt reſponſio Duaren. legẽ illam a Cicerone confictam eſſe,) vel quia rationi repugnat, prætori negare illam facultatem: faciunt textus *in l. 8. & 9. de offic. præſid.* vbi quod dicitur, verbis iſtis, *adite præſidem provinciæ, &c.* non imponi ipſi neceſſitatem cognoſcendi, neceſſariò infert, ipſum cognoſcere potuiſſe. Quin exiſtimaverit quis, initio judicare ad officium prætoris pertinuiſſe, ſed poſtea obtinuiſſe, vt prætor illud vel propter occupationes, vel quod minus honorificum videretur, per alios expediret (ideoque non probo, quod Duaren. 1. *diſp. 53.* prætorem rebus judicandis creatum fuiſſe negat.) Quamvis hoc fortaſſis reperiri poſſit, quod poſtquam illa judicij ratio ſemel conſtituta & approbata fuit, ab ea prætor non temerè recedere potuerit: ſicut & ad illud Ciceronis facilis reſponſio eſt, reſpexiſſe eum ad diverſitatem cauſarum, quarum aliæ jure actionis, aliæ cognitione prætoria expediebantur, quæ etiam inter ſe opponuntur *in l. 1. de rei vind.* qua de re etiam *Scip. Gent. 1. de iuriſd. 33 & lib 2. c. 21.* ſicuti nec obſtabunt *d. l. 8. & 9. de offic. præſ.* quod eo caſu poteſtas cognoſcendi ſingulari commiſſioni accepta referri poſſit. Et ſanè, ſiquidem in omnibus cauſis, præter exceptas ſpecialt rerum vel perſonarũ favore, judice ſpeciali opus fuiſſe videatur, talem ſeſe nec ipſe prætor aut præſes conſtituere potuerunt *l. ult. de offic. prætor. l. 5. de offic præſid.* Verum hoc in medium relinquo.

Prætores cum ſuis centum viris.] Vix putarim, iudicia centum viralia, quæ pro objecto certas cauſas eaſque maioris momenti habebant, extraordinaria habita fuiſſe.

LIT. C.

Vel extraordinarius] Ordinarium judicẽ ſtrictius hic accipit Tr. pro eo, ad quem regulariter & ratione officij cauſarum cognitio & deciſio ſpectat: cæteroquin delegatus ordinarius judex appellari poſſe videatur, vel quia fungitur planè vice mandantis, vel quia lex ipſa mandatam juriſdictionem confirmat *l. 6. de iuriſdict.*

Qui voluntate hominis] Non rectè videtur ſe habere hæc definitio judicis extraordinarij: ſiquidem qui à principe datus judicat, plerumque ordinarius, & princeps utique perſona publica eſt. Cæterum de generibus judicum vide etiam *l. rem non novam, 14. C. h. tit. l. ult. ff. eodem. & ad eam Sc. Gentil. in 2. iuriſdict. c. 8.*

LIT. E.

Subdelegare nequit.] Apparet hic confundi à Tr. judicem datum ſive pedaneum cum mandatario iuriſdictionis: ſiquidem ſpeciale in delegato principis ſtatuit cum Gail *ex l. 5. C. h. tit.* qui textus de judice ſpeciali à principe dato loquitur. Cæterum quivis juriſdictionis mandatarius ex ratione juris noſtri judicem quidem dare, ſed juriſdictionem mandare non poteſt: de quibus actum eſt ſupra *diſp. 3.*

Unde rectè probat delegatum principis exequi.] Idem hic error & confuſio. Vtrique pedaneus judex ordinarius eſt & citra lit. C. & D. oſtendunt, quod Tr. per delegatum mandatarium juriſdictionis intelligat. Hanc autem exequi poſſe ſententiam verius eſt: cum habeat imperium mixtum *l. 1. in fi. & l. ult. de offic. eius &c.* & quod magiſtratus per abſentiam fortè juriſdictione mãdans, minimè velle intelligitur, vt in puncto executionis ad ſe recurratur: facit quod fungitur vice mandantis *l. 16 de iuriſd.* & quod iudicum datorum ſententias exequuntur, qui eos dederunt *l. 15 in pr. de re iud.* Non igitur probandi ſũt, qui *d. l. ult. de offic. eius* ad coercendam in proceſſu fortè contumaciam nimium reſtringunt. Sed de his quoque tractatum eſt pluribus *d. diſp. 3.*

THESIS IV.

LIT. A.

Proponit tanquam genus, receptos arbitros, & horum duas facit ſpecies, compromiſſarios & arbitratores. Verum hi neque ex vſu, neque ex ratione iuris recepti arbitri dicuntur: quippe ad quos edictum prætoris de cogendis ſententiam dicere arbitris non pertineret, idque magis ex ſeqq. apparebit.

Hoc pecunia certa, illud incerta.] Differentia hæc arbitrij, & iudicij, quod hoc ſit pecuniæ certæ, illud incertæ, vera non videtur. ſive loquaris de eo, quod in judicium & petitionem, ſive quod in ſententiam deducitur: quia utrobique eadẽ ratio eſt, & non minus arbitri quàm judicis ſententia certa eſſe debet *l. 21. §. 3 de recept. arbitr.* & in judicium quoque incertum, velut cum ad intereſſe agitur, & in arbitrium, certum haud dubie deduci poteſt.

In iudicio totalis] Et hanc quoque differentiã non ſatis aſſequor, & quod de arbitris proponitur, magis ad arbitratores pertinere videtur: nã & arbiter propriè dictus condemnat aut abſolvit. Eoque minus, quid Tr. ibi velit, intelligo,

Digitized by Google

quod citat Charond. *diſſ qui 3 veriſimil. 4.* nihil hac de re, ſed de arbitrarijs actionibus tractat, & quod in ijs arbitrio iudicis actori ſatisfiat rectiſſimè docet: & locus Senecæ 3 *de benef.* 7 etiã ad judicem bonæ fidei iudicijs addictum, qui in ſpecie arbiter dici ſolebat, referri poteſt. Secundum quæ illud quoque non ſatis liquidum eſſe videtur, quod arbitrium compromiſſarium ita judici opponit, vt illum virum bonum, & illius ſententiã viri boni opinationem appellat: ſiquidem etiam iudex vir bonus paſſim vocatur, & de ſententia arbitri hoc proditum eſt, ei ſive æquè ſive iniquè parendum eſſe. Fatendum tamẽ eſt hac in re differre iudicem ab arbitro, qui nulla planè formula incluſus, quod ſibi æquum videtur pronuntiat, vt ita ſententia Tr. comparativè accepta defendi poſſit.

LIT. C.

An & nudo pacto.] Imputat hic Dd. quaſi illi nudo pacto ſimpliciter compromitti tradant. Id verò, non obſcurè Treutl. probatum probandum non eſt, & hoc tantùm *l. 5. Cod de recept arbitr* in qua Treutl. ſe fundat, conſtitutum, vt in iſta ſpecie ſententia habeat effectum utrio caſu, vbi partes eam vel expreſsè vel tacitè ſilentio 10. dierum approbaverunt: quæ ipſa Dd. quos malè accepiſſe videtur Treutl ſententia eſt, qui ſummarium *d. l. 5.* vt videre eſt apud *Bart. Bald. & Caſtrenſ.* ita proponunt, quod ex ſententia arbitri nudo pacto aſſumpti, tacitè vel expreſsè homologata, actio & exceptio naſcatur: ſicut ijdem Dd. vbi ſtipulatio intervenit communiter conſtitutioni *d. l. 5* locum eſſe negant. *Cyn. in d. l. 5. & Salic. ibid. numer* 7. Et nimirum non opus eſt in arbitrium conſentit: per ſtipulationem, modò ſtipulatio de parendo ſententiæ intercedat. Homologatio autem illa, de qua *in d l. 5.* debet fieri in præteritum non in futurum *Dd. in d l. 5. Cyn Salic. n. 17. Bart n. 5. Bald col 1. Caſtrẽſ. n. 4.* vbi diſtinguunt ab appellatione, quoniam ſententia iudicis ſua & propria auctoritate valet.

LIT. D.

Ex eo quod lit. præced. dixit, in arbitrum compromitti ſub ſtipulatione pœnali infert hac lit. D appellari non licere. Quæ connexio non videtur ſatis bona, quod nihil prohibeat etiam in iudicem ſub pœnali ſtipulatione conſentire, vt videl. pœna quidem præſtetur, appellatio tamen inhibeatur: quemadmodum etiam ſtipulatio iſta pœnalis non impedit, quo minus ſententiæ contraveniri poſſit. Vera autem ratio non competentis appellationis hæc eſt, quod verè nec arbiter iudex, nec eius pronuntiatum ſententia eſt, iuxta *l. 1 C de arbitr.* Et minutiam hic facit Barr. qui loquitur in terminis *l. 5. C. de arbitr* quomodo etiam citatur a Marant *p. 6 de appell. n* 259. de quo mox in verbis, *quod ſi pœna adiecta.*

Regulariter dico] Regulam hanc ponit Treut. quod à ſententia arbitri nõ appelletur (ſc. compromiſſarij, ſecus in arbitrio iuris *l cum ſpeciali C h t l 9 qui ſatiſd. cog* quæ tamen l. eſt de delegato *Dd Br Bl Salic. in l. 1. C. de arbitr.*) Cui duas ſubijcit exceptiones. 1. Niſi ſordes vel manifeſta turpitudo appareat. Atqui hæc exceptio de regula non eſt. ſiquidem ipſe hoc caſu non appellationem, ſed exceptionem doli concedit Et illa quidem exceptio non objicitur actioni alicui ex ſententia, ſed actioni ex ſtipulatu, ſi reo per ſordes abſoluto, & actore iterum agente, reus ex ſtipulatu pœnam perſequatur *l 32. § 14. de recept. arbitr* Et quod illam appellationis quãdam ſpeciem appellat ICtus, effectum rei reſpicit, quod exceptionis remedio hoc conſequatur actor, quòd aliàs remedio appellationis, vt videlicet ſententia non ſortiatur effectum.

Vel partes aliter conſenſerint.] Altera hęc exceptio eſt: eademque dubia, quod ſc. vt antea dictum *ex l. 1. C. de arbitr.* arbitri pronuntiatum vera ſententia non eſt: quæ natura & conditio eius conventione partium mutari non poſſe videtur: & cum omnis appellatio fiat a judice vel infimo vel ſubalterno, arbiter neutro modo judex eſt, quæ vtraque ratio ponitur (licet in diverſa quæſt.) *à Salic in l 1. C de arbitr. nu. 3. & à Bl. ibid. col. 1* quamvis *Br. & alij ibid.* ne contra fidem cõventionis altera pars decipiatur. non quidem veram appellationem, ſed querelã contra ſententiam à judice ordinario, revidendã, admittant.

Quid ſi pœna adiecta non ſit] Atqui hoc caſu minus roboris videatur habere ſententia arbitri, & proinde tanto minus dubitandum, ab eo appellari non poſſe. Niſi hæc fortè ratio dubitandi fuerit Tr. quod iſto caſu actione pœnali ceſſante remedium appellationis ſit concedendum. Verum hæc ratio vitioſa eſt: ſiquidem eadem ſemper natura manet arbitrij *iuxta d l 1. C. de arbitr.* & imputent ſibi partes, quod ſtipulationem omiſerunt, neque ideò quod hoc omiſſum eſt, pronuntiatio arbitri tanto magis ſententiæ judicialis vim obtinebit. Planè, modò ſtipulatio licet non pœnalis interpoſita ſit de parendo ſententiæ, jure noſtro actioni incerti locus eſt ad intereſſe, quod ipſe tradit *Tr lit C. ex l. 27.*

Digitized by Google

l.27.§ ſi de arb. Quod ſi nudum pactum intervenerit, ſuccedit conſtitutio Iuſtin. *in l.5. C.de recept. arbitr.* de quo caſu videtur intelligẽda quæſtio hæc Tr. Et ſanè cũ ex ea l. poſt approbationem ex ſententia arbitri actio & exceptio naſcatur, naturam ſententiæ iudicialis ea inducere, & quaſi transformari videtur: cùm aliàs etiam parti gravatæ injuria inferri videatur, ſi ei nullo remedio ſententiam ab arbitro dictã impugnare concedatur: niſi fortè ratio petitur ab approbatione partis, cui ipſa meritò ſtare debet: ſicut & expreſsè ne appelletur, conveniri poteſt, &c. vt eſt *in l. generaliter 12. C. de reb. cred* qui iuramẽtum detulit, a ſententia poſt ſequuta nõ appellat. Et hoc non tantum in expreſſo ſed etiam tacita approbatione communiter poſt *gloſſ. in l. 1. C de arbitr. ſtatuunt Dd. ibid. Cyn. in pr. Bald col. 1. Salic. n. 1. & Caſtr. n. 4.* vel quod ante 10. dies non ſit ſentẽtia, tunc autem ſerò appelletur: vel potius quod imputet ſibi, qui nõ contradicendo & patiendo labi decendium ſententiã approbauit: contra Barr. *in l. arbitro, 9 in ſi qui ſatiſdar. cog. in d. l. 1. C. de arbitr.* qui appellando antè 10 dies, sẽtentiam non bene latam, ſed ut latam ſimpliciter approbari, & hinc appellationem ſubſiſtere contendit. Porrò quæſtionem ſubjectam de ſententia à diverſis arbitris dicta remittimus *ad part. 2. diſp. 23. th. 2. in fin.*

LIT F.

Affirmat hic Tr. nullum eſſe arbitrum iuris. Cui aſſertioni obſtat 1. Quod judices bonæ fidei judicijs præſertim diviſorijs, addicti, paſſim in jure noſtro arbitri appellabuntur: qui cum non ſint compromiſſarij, juris arbitri non male appellabuntur. 2. Quod nec compromiſſarij ſunt, qui arbitri nuncupati ad quoſdam actus ſingulares dabantur, vt in caſu *l. 9. qui ſatiſdar. cog.* quem textum *poſt gloſſ. & Dd ibid. & in l. 1. C. de arbitr.* de delegatis interpretantur: puto etiam rectè ad arbitros, ab ipſis iudicib. pedaneis datos referri: licet *Vand 1 q. 14.* eum locum de arbitris compromiſſarijs interveniente prætoris autoritate explicat 3. Quod *in l. 5. in pr C. de arbitr.* compromiſſarij arbitri opponuntur ijs, qui à iudicibus dati ſunt. 6. Quod non niſi arbitri juris dici poſſunt, qui iudice recuſato adeuntur: qui licet à partibus electi, inter compromiſſarios tamen de quibus hic agitur, referri non poſſunt: quod nec ſtipulatio interveniat, & eorum electio non libera, ſed neceſſaria ſit, & ab eorum ſententia appelletur, de quibus agitur *in l cum ſpeciali, ult. & in l apertiſſimi, 16. Cod. h. tit.* quos etiam hoc nomine Dd. *in d. l. 1. C. de arbitr.* appellant.

Qui iuris ſolennibus non obſervatis.] Definitio iſta vitioſa videtur: quod ratio procedẽdi naturam eſſentiamque ſive iudicis, ſive judicij non mutat aut variat, ideoque nec probandum quod tradit *Gail. 1. obſerv. 150.* eum cenſeri arbitrum, in quem ita compromiſſum eſt, vt obſervato ordine iudiciali procedat, arbitratorem autem, in quem ita, vt de plano, & ſine ſtrepitu & ſuſſlamine iudicij: Quid enim, ſi hic ſtipulatio pœnæ addicta ſit? aut partes apud judicem conveniant, vt ſummariè procedat? Et ſunt quædam iudicia extraordinaria, & ſummariæ cauſæ, in quibus ſine ſtrepitu judicij & ſolennibus procedi ſolet, de quibus ipſe Treutl. *theſ. 1. lit. C.* Porrò ſi res iſta ad rationem iuris noſtri examinetur, nullus plane eiuſmodi iudex agnoſcendus eſt: etenim arbitrator, non tanquam iudex, ſed tanquam nudus mediator intervenit: cuius opinatio nullo modo effectum ſententiæ habet, eique partes nulla plane neceſſitate, nec directò, nec oblique parere tenentur. Adeoque quæ de reductione intra triçennium, Gail alleg. ex Dd diſputat, minimè pulchra, vt exiſtimat Treutl. ſed à ratione juris noſtri aliena eſſe exiſtimamus Neque obſtat *l. 70 cum ſeqq. pro ſocio,* quia arbitrator ibi cum arbitris non eo modo coniungi exiſtimandus eſt, quaſi uterq; iudicis vices pariter ſuſtineret, ſed tantum quod vterque aliquid ſtatuit: & materia ſubiecta docet, arbitratorem non ad deciſionem iudicialẽ cauſæ controverſæ ibi aſſumi. ſed in contractu ad definiendas partes ſocietatis: eiuſmodi fere etiam arbiter eſt, in cuius definitionem merces aut precium in locatione aut emptione confertur juxta *l. 25 in pr. locat. & l. ult Cod de contrah. empt.* Nõ obſtat *l. 6. C. de recept. arb.* quæ omninò de compromiſſarijs, vel arg rubr. explicãda eſt. Non etiam *l pen. C. de pact in fin.* ibi, *& ad compromiſſarios & arbitros electos,* &c. quoniam verba illa ſunt accipienda explicative, quod cum Iuſtin. duas iudicum ſpecies proponeret, pedaneos & compromiſſarios, quales hos iudices intelligeret, plenius voluit explicare, niſi quis poſteriora verba ad arbitros iuris referre velit, de quibus *in l 16 C. h. t.* Secundum quæ etiam explicanda eſt *l 14 in pr. C. eod* & de arbitratoribus propriè ſumptis ibi non agi, illud indicio eſſe poteſt, quod ab his iuramentum, quod ibi proponitur, exigi videatur abſurdum: Cæterum Accurſ. verba illa: *qui arbitrium peragunt,* de

arbitris citra ſtipulationem pœnalem electis, interpretatur.

THESIS V.

Lit. A.

Proponitur hic quæſtio, quisnam judex pro reductione laudi ſit adeundus. Equidem ſunt qui judicem appellationis proponunt, quorum meminit *Salic in l 5. de arb. nu.* 14. Videri poſſit eius patris judex, contra quem petitur reductio, adeundus: cuius ſententiæ ibidem meminit Salicetus. Sed verior ſententia eſt, tum implorari officium judicis pro reductione *Salic. d loco nu.* 13. tum ipſius illius judicis, qui, (vt rectè Treut. remotó arbitramento ordinarius eſt, adeoque ſemper judicem rei, etiamſi hic gravatus proponatur: idque eſt, quod ſæpe d. loco, licet dubitans Salicetus refert ex Bartolo, poſſe implorari officium judicis coram judice ipſius implorãtis: ſiquidem, vt paulò ante dictum. pronuntiatio hujus arbitri nullum iudicialis ſentẽtiæ habet effectum. Aliàs probata ſententia communi, quæ pro judice arbitrum iſtum habet, videri poſſit, arbitratoris iudicem adeundum, & apud eum iniquitatis querelam inſtituendam eſſe, cum petitio reductionis ſpeciem appellationis habeat.

Lit. B.

Connexa priori proponitur quæſtio, an á ſententia iudicis laudum confirmantis appellari poſſit: cuius deciſio, non uſque adeò difficilis, vt Tr. putat, eſſe videtur: ſiquidem judex ille, non ut arbiter, & arbitratoris vicem ſuſtinens, vt malè putat Salicet *in l. 5. C. de arb. num* 18. (vbi ex falſo iſto præſuppoſito jus appellandi negat) ſed ut judex ordinarius aditur, quod ipſe Treut. *quæſt. præced.* reſpondit, qua de cauſa etiam novas probationes admitti, *ipſe Salic ſcribit d. loc. n.* 16. *Fac. l.* 79. *pro ſoc* vbi ICtus ait, iniquitatem arbitrij inſtituto iudicio corrigi, quo caſu appellari poſſe dubium non eſt. Quinimò ex vera ratione iuris in judicio illo nulla confirmatione aut retractatione opus eſſe, ſed ſimpliciter de cauſa principali quæri, & ſuper eadem pronuntiari exiſtimo.

Illud certum eſt.]Quæ hic ſequuntur non arbitratorem, ſed ad arbitrum compromiſſarium pertinent. Vbi de illo videndum, quod arbitrum mulctam dicere poſſe negat. Quod quidem ex præmiſſo arbitrum non poſſe ſtatuere, niſi de eo in quod compromiſſum eſt, nõ ſatis benè inferri videtur: quod ea ratione magiſtratui quoque judicanti ſuper cauſa privata, jus dicendæ mulctæ adimi poſſit. Concedit tamen Tr. arbitro jus puniendi contumaciam litigatoris, *ex l. 39. de recept. arbitr.* vbi dicitur, quod arbiter contumaciam litigatoris punire poſſit, pecuniam eũ alteri dare jubendo. Quod dupliciter explicant Dd. & Bart. ibid. vel quòd arbiter non facta reſtitutione juramentum in litem alteri deferre, vel quòd contumacem mulcta pecuniaria coercere poſſit: quod ipſum tum demum admittunt, ſi nominatim poteſtas mulctandi arbitro fuerit conceſſa, quod ſequitur *Muſcorn. de iuriſd. n.* 121. Verum explicatio prior ideò non placet, quod *in d l.* 39 non deferenda ſententia, ſed de irroganda aliqua pœna pecuniaria, tractatur. Neque verò locum illum de ea pecuniæ datione, quæ per ſententiam imponitur, commodè explicari, illud indicio eſt, quod *in dict l.* 39 propoſitus caſus, quo mulctandi ius negat ICtus, & quem utique cum priori in aliquo ſimilem eſſe oportet, nullo modo ad eiuſmodi contumaciæ genus, quod lata ſententia coerceatur, referri poteſt: ne dicam, quod cum ſuper quavis re in arbitrum compromittatur, admiſſa illa explicatione non rectè pecuniæ dandæ mentionem feciſſet ICtus: & quod continuatione proceſſus contra abſentem & promulgatione ſententiæ non directò, ſed per obliquum contumacia puniatur: cùm præſertim modus ille puniendi cõtumaciam ex nova conſtitutione Iuſtin. *in l* 13. *C. de iudic.* eſſe videatur: neque verò propter quamvis contumaciam in judicio commiſſam ſtatim ad ſententiæ dictionem poterit procedi. Altera explicatio Dd. divinatoria eſt, & contra generalitatem textus *in d l* 39. Ideoque defendi poſſe exiſtimo etiam contra Tr. jus mulctandi habere arbitrum: non obſtante *l de die* 17. *§. 4 de arbitr.* non quod vel *in d. l.* 27. vel *in d. l.* 39. ita nominatim in compromiſſo cautum ſit, vt ibi reſpondent *Gloſſ & Bald.* quàm potius quod ſpecialis *in d l.* 27. proponitur contumacia, quæ ſc. directa eſt principaliter ad impediendũ ferri ſententiam, vt perinde habeatur, atque ſi ipſi ſententiæ paritum non fuiſſet. Neque movet ratio *Coſtalij in d. l* 39 quem ſequitur Tr. quod arbiter vtpote homo privatus, non poſſit iubere mulctam fiſco inferri: quoniã hæc de qua quærimus non eſt vera mulcta quæ tantùm a magiſtratu irrogatur *l* 2. *§. ult de iudic l.* 131. *in fin de V. S* ſed effectum mulctæ habens, & non fiſco, ſed adverſario, vt ipſe textus habet, applicatur. & pœnam indictam non ſolvens ex ſtipulatione pœnali, perinde atque ſi ſententiæ non paruiſſet.

Digitized by Google

ſet, tenebitur. Quod ſi dixeris malè arbitrio cōcedi, quod nuſquam iudici pedaneo permiſſum legimus: reſpondebo differentiæ hanc rationē eſſe, quod patres mulctandi in hoc caſu ſunt prætoris, qui judicem dedit, & ab hoc dictam ſententiam exſequitur, *l.15. in pr. de re iud.*

Ex ſententia verò arbitri.] Propoſitio hæc Tr. quod ex ſententia arbitri tam actio naſcatur quàm exceptio falſa eſſe videtur: quia ſententia arbitri non ſuſtinetur proprijs viribus, ſed ſola ſtipulatione pœnali, cuius metu ſententiæ paretur. Et vtrique membro propoſitionis illius contradicunt, de actione, *l.1. C. de recept. arbitr.* de exceptione *l 2. ff. eod.* quæ tantum exactionem pœnæ, ex ſtipulatione ſcil. eſſe docent. Neque obſtat *l.5 Cod. d. t.* quæ ut paulò ante notatum ad caſum ſingularem pertinet, quo nudo pacto citra promiſſionem pœnæ compromiſſum eſt: nā quod de arbitris juramento receptis ſtatutū eſt à *Iuſtin. in l 4. C. de arbitr.* ab eod. mutatum eſt. *N. 82. c. 11.* Et de hoc ſcil. caſu compromiſſi nudo pacto facti agitur etiam *in pr. d. l. 5.* quomodo etiam *Gloſſ. & Bart. d. l. 2. cum d. l. 5.* componunt. Mihi tamē ſcrupulum hic movet, quod ex ratione juris noſtri arbitrium omne ſtipulatione vallatum eſſe oportet, neque aliàs arbiter à prætore ſentētiam dicere cogitur. Neque hic ſatis apparet, poſterioribus legibus eſſe aliquid mutatum: & vt maximè Iuſtin. de exceptione, non tam ex ſententia, quàm ex pacto deſcendentem accipias, vt qui pactum etiam nudum fecit de parēdo ſententiæ, exceptione pacti poſtea contra ſententiam veniendo, repelli poſſit, quam explicationem Iuſtin. etiam verba *in d. l. 5. in pr.* admittunt, ibi, *exceptionem ei velut pacti generari*: attamen ita non ſatis removetur illud, quod ex ratione iuris noſtri compromiſſum ſtipulatione tantum intercedente rectè fieri diximus. Neque enim explicare poſſis Iuſtin. de caſu ſingulari qui proponitur *in l. litigatores 11. §. interdum. 3. de arbitr.* vbi nudo pacto fit compromiſſum inter vtrinque debitores, & utrinque ſi non pareatur ſententiæ arbitri, de non petendo paciſcentes. Verum iſta alijs conſideranda relinquamus. Facilius ſanè eſt, vt exceptio detur quàm actio, & ut interveniente pacto exceptio naſcatur, cum ex communi ratione iuris actio ex pacto produci non poſſit. Verum Iuſtin. *in d. l. 5. C. de recept. arbit.* quod ibid. communiter notant Dd. æquitatem imò æqualitatem ob oculos habuit, neque ex incerto eventu jus compromiſſi pendere voluit, ſed æquum eſſe putavit, vt cum vtriuſque compromittentis par ius & ratio ſit, in quemcunque etiam eventum ſententiæ, ab arbitrio latæ, æqualiter utique compromittentium cōſulatur. Et ita ſanè eſt, vt ferendum non ſit, reo quidem abſoluto exceptionem, actori autem victori contra reum condemnatum nullum remedium ſupereſſe: & vix eſt, vt unquam ita jus fuiſſe, quin potius Tribonianum ignorantia juris veteris lapſum hic eſſe ferè mihi perſuadeam. Illud enim utique minimè tentari poteſt, vt textus ille de arbitratoribus accipiatur, per ea quæ paulò ante ſunt diſputata.

THESIS VI.

LIT. A.

Parum concinnè conjungit hic, prælatū, Iudæos, paganos, vaſallos. Et quidē quod de prælaris dicitur, accipi oportet, (aliàs enim nulla eſſet ratio dubitādi) de compromiſſo ſuper bonis Eccleſiæ, quæ ipſi fructuario jure tenent. Adeoque, cùm præſertim ex ipſius Trent. ſententia lit. G. compromiſſum ſit ſpecies quædam tranſactionis, tentari poſſit contra Treutl. non rectè hic compromitti. Et Alexander allegatus ſententiam Tr. non probare, ſed tantùm hoc affirmare videtur, quod prælatus conveniri poſſit ex ſtipulatione pœnali; & hoc tamen argutatio quædam videtur, & fortaſſe verius, vbi ſuper ipſa re compromitti non poteſt, nec ſtipulationem pœnalem valere.

Pagani] Hi vtrique res proprias poſſidere, & in iudicio litigare poſſunt, quod apparet *ex titulo C. de Pagan.* cum illo tempore nondum omnibus converſis ad fidem, cives etiā eſſent: quod hodie ſecus eſt, & moribus noſtris pagani non niſi inter peregrinos referri poſſunt, quibus tamen ius & iuſtitia adminiſtranda erit.

Vaſalli.] Ait eos compromittere poſſe, modò nihil fiat in præiudicium domini. Atquin hoc potius quærendum, an hic aliquod præiudiciū domini verſetur. Equidem nemo in alterius præiudicium compromittere poteſt. Quod ſi ita intelligit, non poſſe compromitti, vt alteri per ſentētiam feudum adiudicari nequeat, neque diſſ. Clarus malè allegat, & eo ipſo compromittere eum non poſſe efficietur. contra textū *in tit. d. L. Cōtra 1. & in cap. un. de inveſtitur. in marit facta.* Neq; obſtat quod Clar. movet, vaſallū de feudo diſponendi & illud alienandi poteſtatē non habere: quia arbitria iudiciorū inſtar habent *l. 1. de arbitr.* adeoquè perinde erit, ac ſi apud iudicem ſuper feudo concertatum fuiſſet.

 LIT.

Digitized by Google

LIT. B.

Hic quoque parum concinnè copulantur diverſæ perſonæ, ſervi, impuberes, mulieres, furioſi. Et nimirum hæc res non exemplis nudis, ſed regulis explicanda erat. Et coniunguntur perſonæ quæ ſimpliciter, & quæ ſecundū quid, & ex diverſis planè cauſis prohibentur. Scilicet mulieres rectè compromittunt, niſi quatenus compromiſſum incidit in ſpeciem interceſſionis, adeoque hoc pertinet ad tractatum de Velleiano. Impuberes, furioſi, ſicut & prodigi, ſub locum communem pertinent eorum, qui nec obligari poſſunt, nec idoneam in judicio ſtandi perſonam habent: ex quibus duobus æſtimandum videtur, an aliquis compromittere poſſit necne. Poſterior ratio militat in ſervo, ut docet *l.3.§.ſi ſervus 8.de pecul.* ut nec actio de peculio ex ea cauſa in dominum detur, de quo benè *Cuiac.8.obſ.11.*

LIT. C.

Hunc quoque locum, in quos compromitti poſſit, tantum per exempla tractat Tr. Dicendum videtur, eum qui judex eſſe poteſt, etiam arbitrium rectè ſuſcipere, ex ratione *l.1. de arbitr. junct. l.41 eod* ubi ex eo, quod minor 20 annis judicare non cogitur, nec rectè in eum compromitti infertur: Et repugnat textui, quod *Pet. Fab. ad l.2. de reg. iur. n.27.* minorem ſuſcepto officio iudicis ſententiam dicere cogi exiſtimat. Et hac in re fatendum eſt aliam arbitrij eſſe rationem *per d.l.41.* qua à minore 20 annis arbitro ſententiam dictam invalidam eſſe probatur, quæ tamen ſponte dicta ab eo iudice proculdubio valebit: *facit l.57. de re iud.* Et triplex ratio dari poteſt, propter quam facilius judex quàm arbiter aliquis eſſe queat. 1. Quod ille iudicet autoritate publica, hic privata. 2. Quod ille ex præſcripto formulæ, hic ex arbitrio judicat. 3. Quod illius ſententia appellatione emendari poteſt, huius ſententiæ metu pœnæ, ſive æqua ſive iniqua ſit ſtandum eſt.

Etiam in dignitate conſtitutos] Hoc quidē caret omni dubitandi ratione, quā tamē ſubeſſe particula *etiam*, arguere videtur. Et illud inconcinnum quod hi cum infamibus coniunguntur.

LIT. E.

Si partes eum elegerint.] Fruſtra hoc adjectum eſt, ſiquidem nullus eſt compromiſſarius citra partium electionem. Et in hoc iniuriam facit VVeſembecio, qui loco allegato verius eſſe ait minorem 20. annis jure civili arbitrum eſſe non poſſe & reſpondet *ad l.57. de re iud.* quòd illa non de arbitro, ſed de delegato loquatur.

Quod arbitrator eſſe poſſit.] Particula *hodie* ſupervacua videtur, quod nihil hac in re mutatū eſſe oſtendi poſſit: & cum ut ſæpè dictum, arbitrator iudex non ſit, quo minus à minore 20 annis etiā olim remedia tranſactionis proponi potuerint, dubitari nec poteſt nec debet: qua in re diverſa arbitri ratio, qui ſententiam dicere cogitur, & adeo in ſuſceptione arbitrij quædam ſubeſt læſio, quæ etiam reſtitutioni locum facit. *l.41 in fin. de arbitr.* Et fruſtrà huc affertur *auth. ſi verò C. h.t.* in qua nihil de minore, ſed hoc tātùm deciditur, quòd Epiſcopus cum ſuſpecto judice cauſam audire, eamque vel iudicialiter debeat terminare.

LIT. F.

Inter arbitri prohibitos refert hic iudicē ordinariū. Qua ſententia verbo *ordinarij*, eo modo, quo th 3 ſumitur, (quomodo accipi à Treut. inde colligere licet, quod juri civili hac in re iure canon. derogatū eſſe non obſcurè exiſtimat) accepto, vera non videtur: vel quod non facilè ſtatuenda eſt diverſitas iuris civilis & Can. quo in ordinarium iudicem compromitti poteſt *c.5. & 10. de arbitr.* vel quod utique nihil impedimēto eſſe poteſt, quo minùs verbi cauſa in prætorē vel præſidem rectè compromittatur. Nec obſtat *l.9.§.2. de arb.* quia loquitur de iudice pedaneo, qui cum ex formula ſuſcepta iudicare debeat, arbitrium eius controverſiæ non rectè in ſe recipit. Illud verò frivolum quod huic juri, ut ne compromittatur in iudicem ordinarium cōſuetudine putat eſſe derogatum: reſpiciens proculdubio ad id quod Accurſ. notat & objicit *in d.l.9.§.2. de arbitr.* ſolere iudices antequam ſententiam ferant, tranſactionē tentare inter partes: quia hoc non iudices pedanei, ſed magiſtratus ordinarij faciunt: nec malè reſpōdet Accurſ. iudices ita agere vices non arbitrorum, ſed arbitratorum. Ex quo quidem confirmantur, quæ paulò antè de arbitratoribus diximus, cum iudex, quo caſu concordiam tentat, non iudicis, ſed mediatoris vice fungatur, & quicquid ita inter partes actum eſt, non autoritate iudiciali, ſed iure tranſactionis valeat. Hinc etiam decidi poteſt quæſtio quam Accurſ. movet, an in delegatum hodie compromitti poſſit: quod quidem non de delegato ad certam cauſam, ſed ad univerſitatem rectè affirmatur, de quo genere delegati agitur *in c. penult. de arbitr.*

LIT. G.

Non criminali, niſi agatur civiliter.] Propriè loquendo ieiuna & nulla hæc limitatio eſt: quia hæc

Digitized by Google

hæc cauſa civilis eſt, iuxta diſtinctionem & explicationem ab ipſo traditam *theſ. 1.*

Non ſuper rebus meri imperij.] Hæc quidem tautologia eſt, quia omnis meri imperij cauſa criminalis eſt, & vice verſa, iuxta tradita ab ipſo ſupra *diſput. 3. theſ. 5.*

Vel mixti.] Repetenda huc ſunt tradita ſupra *d. diſp. 3 th. 4.* vbi quænam mixti imperij ſint, explicatum. Porrò cum compromiſſo nec imperium, nec iuriſdictio tribuatur, vbi quæritur, ſuper quibus cauſis compromitti poſſit, non ad iuriſdictionis, an imperij ſint, diſtinguendum, ſed ex conditione cauſarum de hoc iudicandum videtur.

Nec ſuper re iudicata.] Cùm ipſe compromiſſũ cum tranſactione hic comparet, dubia videtur exceptio qua ſuper re iudicata, ſi huic per partes renuntiatum ſit, cõpromitti poſſe affirmat: cum textus iuris ſimpliciter ſuper iudicato trãſigi poſſe negent, quibus alias facile fraus fieri, imò manifeſto illi eludi poſſent: neq; verò permitti debet, vt publica autoritate deciſum, à privatis rurſus in controverſiam vocetur. Et allegatum *cap. expoſita. 11. de arbitr.* ſententiæ Tr. potius refragatur, quippe quod compromiſſum ſuper iudicato factum omninò improbet & annullet.

THESIS VII.

Theſis iſta neque cum præcedentibus, neque cum ſequentibus cohæret: ſiquidem tradita *th. 3. th 8. & ſeqq* ad iudices, de quibus hac th. tractat, ſive quæras de ipſis qui dantur, ſive à quibus dantur, accommodari non poſſunt imò *ipſa lit. A. hac th in alleg.* propoſita, cum iure veteri, quod in ipſa th proponitur, nullo modo conveniunt. Et omninò Tr jus vetus cum novo confundit, & æquivocè verbum *iudicis*, modò pro magiſtratu, modò pro pedaneo iudice, citra vllam cautionem confuſim uſurpat.

LIT. A.

Quibus ut lege.] Ius dandi iudices ſpeciali hic conceſſioni acceptum refert, quod tamen *ſupra diſp. 3. th. 4 lit. A.* dixit eſſe iuriſdictionis Atquin hæc duo inter ſe opponuntur *l. 1. in pr. de offic. eius*, de quo vide notata ſupra *ad d th. 4.*

LIT. B.

An etiam gravi crimine notati.] Diſtinguendum hic videtur inter ordinarium magiſtratum, & iudicem pedaneum: & an judex aliquis dari, an contra eum datum excipi, & an ipſe datus, ne iudicare cogatur ſe excuſare poſſit. Et conſtitui quidem infamis magiſtratus ex certa ſcientia à principe, & contra eum conſtitutum difficilius, contra pedaneum iudicem autem facilius à partibus excipi & ille ob periculum corruptionis à partibus recuſari poterit: ipſe autem datus, quo minus iudicet, vix ſe poterit excuſare *arg. l. un C. d. infam. iuncta. l. 18. §. 14. d. mun & honor.* quæ etiam eſt ſententia *Caſtrenſ. in l. cum prætor. 12. §. 2. h. t.* Vt proinde ſpeciale videatur in eo qui ob turpitudinem ex ſenatu motus eſt *in l. 7. de ſenator.*

LIT. C.

Non habeamus cæcum.] Probatur hæc ſentẽtia ex *l. 6. h. t.* quæ male de eo, qui poſt ſuſceptũ officium ex caſu talis factus eſt, explicatur: quia vt iudex pedaneus ſuper privata ſpeciali cauſa datus interim cæcus efficiatur, non niſi de rariſſimẽ contingentibus eſſe poteſt. *Facit l. 12 §. 2. h. tit.* Vbi tantum muti & ſurdi fit mentio: ex quo cæcum iudicem dari poſſe, ibidem colligit Caſtrenſ. Plane dubium non eſt, quin contra eiuſmodi iudicem excipi à partibus poſſit quod à cæco multa minus commode expediri queãt. Quod ſi, vt ipſe iudex ſententiam ex ſcripto recitet, neceſſarium hodie eſt, ex *l. pen. Cod de ſent. ex pericul.* vtique cæcum iudicem eſſe non poſſe conſequitur: de quo actum etiam ſupra *diſp. 4. th. 1 diſp 8 th. 2. lit. B.* quibus locis ead hæc quæſtio à Tr. proponitur.

LIT. D.

Habemus imperitum iuris. Negat hic Tr imperitum iuris iudicem dari poſſe. Cui obſtare videtur, non tàm *l pen C h. t* quàm potius quod iudices dati olim magis de facto quam iure cognoſcebant, vt ipſe tradit Tr. ſupra *diſp 4 th. 1. lit. G* & quod iudices ICtos conſulere ſolebant *arg. §. reſponſa Inſt d. iur. nat* & ſane olim eam ICtorum copiam fuiſſe, vt omnes iudices periti eſſent, veroſimile non eſt. Et proinde, non tãtum inter magiſtratum diſtinguendum eſt, & iudicem pedaneum, ſed amplius, inter ius vetus & novum: vt illo quidem etiam imperiti iuris potuerint eſſe iudices, non autem hoc, videlicet poſt *Nov. 82.* qua Juſtin in iudicibus requirit peritiam iuris, nec aliunde eos vult emendicare, vt ipſe loquitur, iudicandi honeſtatem: & hoc ſe in iudicibus ordinarijs, ad deciſionem controverſiarum deputatis *d Nov 82. in pr & cap. 1.* Nihil autem mutatum in magiſtratus adminiſtrationi alicui præpoſitis, qui frequenter erant homines

homines militares, aſſeſſoreſque habebãt, quibus imputabatur, ſi quid minùs rectè iudicatum fuiſſet Cæterum Tr. non rectè videtur cœpiſſe Dd. quos pro diſſ. allegat, qui rãtum abeſt, vt in iudicibus petitam iuris deſiderent, vt etiam imperitos literarum admittat, de quibus etiam non imperitis iuris, diſputant *l. pen C h t.* idque ita affirmãt *ibi Cyn. Bart Sal. & Caſtr.* quibus tamen obſtat *l pen C. de ſent ex peric* cui non convenit, quod ibid. *Cyn. & in d l pen* ſufficere exiſtimat, ſi per notarium præſente iudice legatur ſententia: quòd ita nulla eſſet, quæ *in d l. pen.* in hoc ſtatuitur prærogativa magiſtratuum maiorum quam rationem *poſt Gloſſ. in dict. l pen, C. h tit.* expendit contra Cyn. *Salic. in d. l pen C. de ſent. experic.*

LIT. E.

Octodecim annis minorem.] Hunc planè removet Tr. à facultate iudicandi: pro quo non facit *l. 12. § 2 h. t.* quin oppugnat magis, quòd excluſio impuberis videatur includere puberem. Sicut & magis contra eum facit *l. quidam 57. de re iud.* quæ inter conſentientes minorem 18. annis iudicare poſſe cõfirmat: quomodo etiam locum illum accipit *Accurſ. in d. l. 12 h. tit & poſt eũ Bart. & Caſtr. in d. l. 57* vbi quatuor ætates diſtinguũt, impuberis planè inhabilis: puberis vſque ad 18. annum, habilis ex conſenſu partium, vel ſi à principe datus ſit vſque ad 20 annum, habilis etiam citra partium conſenſum, vt tamen ſententiam dicere non cogatur *l. 41. de arbitr* & denique poſt 20. annum ſimpliciter habilis, vt etiã cogatur, niſi quod, vbi periculum læſionis eſt, reſtitutionem implorare poſſit. Planè Iure Canon. nec conſenſus partium minoris 18. annis perſonam legitimare poſſe videtur, *ex cap. cum viceſimum, ant. pen. d. offic. deleg.* quam diverſitatem iuris civil. & Canon. not. *Caſt. in d l. 57. de re iud.*

LIT. F.

Proponitur hic pugna & conciliatio *l. 10. de iuriſd cum l. 77. de iudicijs.* Vbi videtur diſtinguẽdum inter magiſtratum & iudicem datum, quò ad hunc non rectè diſtinguitur inter cauſas publicas & privatas, quia ſuper his tantum iudices dantur: non etiam inter ius dicere & iudicare, quoniam non ius dicere, ſed tantum iudicare dicuntur iudices pedanei, de quibus cum hic agatur, non rectè hæc diſtinctio proponi videtur. Nominatus autem iudex, V. C. filius in caſu patris, rectè ſe excuſabit, & à parte adverſa rectè recuſabitur: admiſſus autem à patre, & à magiſtratu datus addictuſque, iudicare & poterit & debebit non obſtante patria poteſtate Quod ſc. innuit *l 78 d. iud.* quæ iudicare minus publicũ eſſe tradit: quibus verbis removetur obiectio, quæ à iure patriæ poteſtatis poterat deſumi, quod nimirum hoc in muneribus publicis non attendatur *l. 9. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris.* Circa magiſtratum, diſtinctio inter poſſe & debere, non divinatoria, ſed vera & omninò admittenda eſt: vt ſc. etiamſi nihil hic opponatur vel excipiatur, rectius tamen facturus ſit magiſtratus, ſi ſuper eiuſmodi cauſa alteri mandet iuriſdictionem: cæteroquin tamen ius in ea dicere poſſit *arg d l 10 d. iuriſd* qua monitione opus non fuiſſet, ſi nullo modo magiſtratus ius dicere potuiſſent: niſi fortè poſteriori iure hic aliquid mutatum *l. un C. ne quis in ſua cauſa & l. v. Vant. d. Nullit ex def iuriſd n. 64.* Neque putamus diverſas hac in re fuiſſe ſententias ICtorũ, cuiuſmodi diverſitatem minimè, vt malè exiſtimat Treut innuit *l 0 de arb.* quippe cui optime convenit cum *d 77. d. iud* neque quod ibi pleriſque placuiſſe dicitur, inde ſcholas & ſectas ICrorum, in diverſas abiviſſe ſententias, vllo modo inferri poteſt vide etiam de hoc notata ſupra *diſp. 3. th. 8 lit. A.*

Illud dubium non eſt.] Extra propoſitam materiam hoc affertur, tanto incommodius, quod cum tota hac th. agatur de iudicibus datis pedaneis, hi omninò nullam habuerint iuriſdictionem.

An in cauſa libertatis.] In quæſtione hac an in cauſa libertatis dari potuerit iudex, neſcio quã ieiunam affectat ſubtilitatem, dum ait, prætores, vſque ad Conſtantini, præſides uſque ad Diocletiani tempora iudices de libertate dari potuiſſe: cæterùm verbis iſtis nihil aliud dicere videtur, quàm morem dandi iudices à Diocletiano in provincijs, à Conſtantino Romæ fuiſſe ſublatum, & adeò re ipſa quæſtionem propoſitam affirmat. Et ideò ſimplicius dixiſſet potuiſſe in cauſa ſtatus dari iudices; etenim ſublato in univerſum more dandi iudices, nec de cauſa ſtatus potuiſſe dari cõſequitur. Duplex itaque hic quæſtio enaſcitur: an & quando fuerit ſublatus dandi iudices mos: 2 an olim de cauſa ſtatus iudex dari potuerit. Accedit 3. incidẽter, an præſes potuerit cognoſcere de cauſa ſtatus. Illud initio non ſatis benè, quod prætorem ita opponit præſidi, quaſi tantum in vrbe Romæ prætor fuerit, cuius contrarium apparet ex *Nov. 15. 25. 29. & 104.* ſicut & ſub libera Rep. in provincias

vincias

vincias multas prætores miſſos fuiſſe conſtat. Ad primam quæſtionem pertinet *l.2 C.de pedan. iud.* ex qua præſidibus ipſarum cauſarum notio iniuncta eſt, extra quam ſi impediant occupationes *d.l.2* vel ſi cauſæ eſſent viles aut humiles *l.ult. C d t.* & *N.82. cap.5.* vt rectè notat *Cuiac. in parat C.h.t. Scip. Gent. 2. de iuriſd c.21.* Et hactenus perſpicua *d.l.2.* ſententia ſicut & *in verſ quod non ita;* in quo facultas dandi judicis negatur in cauſis, quæ etiam antea ad cognitionem Magiſtratuum pertinebant, ne aliàs juriſdictio præſidum videatur imminuta. Sed verſ. *ult. dum tamen, &c* obſcuram planè habet ſententiã: quod aut cauſæ illæ ingenuitatis, quarum ibi fit mentio, antea poterant delegari, & pertinent ad primum membrum: aut non poterant, & pertinent ad ſecundum. Vt proinde negationem locus ille videatur deſiderare, *ſuper quæ etiam non poterant ante cognoſcere*: vt ſit exceptio à primo membro quod ſcil. hæ cauſæ ſint redactæ ad inſtar earũ, quæ antè cognitionis prætoriæ erant, & in iis nec propter occupationes liceat dare iudicem. Vix enim eſt, vt tria cauſarum genera ſtatui poſſint: aliud earum, ſuper quibus (videl. ex more judiciorum) iudex quaſi neceſſariò dãdus erat: aliud, in quibus neceſſariò ipſi magiſtratus cognoſcebant, aliud denique inter medium, ſuper quibus pro arbitrio & iudicem dare, & ipſi poterant cognoſcere. Vix etiam eſt, vt admitti poſſit explicatio *Scip. Gent. 2. iuriſd. 21.* quòd præſides olim non jure præſidum, ſed jure prætorio vel proconſulari de cauſis ſtatus cognoverint: vt videlicet *h.l.2.* jus prædum hactenus auctum ſit. & ipſi qua tales de ingenuitate cognoſcant: adeoque verba *ſuper quo poterant antea cognoſcere* aliquando eos, videlicet, iure prætoris vel procõſulis in provincias miſſos potuiſſe ſignificent. Iuvatur planè hæc explicatio ex *l.1. C. d. ord. iud.* qua de cauſa ſtatus præſidem cognoſcere non potuiſſe, non obſcurè oſtenditur, quod firmat *Plin. Epiſt 77. ad Traian.* & probat *Cui. in recitat. ad tit. C. de Carb. edict.* licet in contrarium vocet, quod abſurdum videatur, ſupremum in provincia Magiſtratum cognoſcendi ea de re jus nõ habuiſſe: cum præſertim aliud in provincia non fuerit, ad quem ea res potuerit ſpectare: & omnium omninò cauſarum, quæ Romæ à varijs judicibus & Magiſtratibus expediuntur cognitio ad præſidem referatur, iſque omnium Romæ Magiſtratuum officio fungi dicatur *l.10. 11 & 12. d. offic præſid.* Neque deeſt alias quod ad *d.l.2. C. de ord. iurid.* reſpondeatur: vel quod intelligatur de ordinario procedẽdi more, ſecundum quẽ in cauſa ſtatus iudex dandus erat: quo ſenſu *in d.l.2. C. d pedan iudic.* præſides de cauſis civilibus antea cognoſcere potuiſſe negantur: vel quod verba *d.l.1. & ſi ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſis*, ad judicem a præſide, ſuper cauſa rupti teſtamenti datum referri poſſunt, cũ *Gov. 1 variar. 34* quem ſequitur *Hottoman. 5. obſerv. 6* quod ſcilicet illis verbis *adite præſidem provinciæ*, cognoſcendi neceſſitas ipſi præſidi impoſita non eſt *l.8. & 9. de offic præſid* vel denique: quod illa verba non arguunt defectum juriſdictionis in præſide, ſed reſpiciunt qualitatẽ judicij poſſeſſorij ibi intentati à pupillo, cui quæſtio ſtatus movebatur, qua ex dicto Carboniano in tempus pubertatis differtur: quam explicationem, ſed tamen à mente Imperatoris paulò alieniorẽ, ſuppeditat *Accurſius* & ſequuntur *Cyn Caſtr. & alij Doct. in d.l. Cod ord iudicior.* Aliæ explicationes frigidiores ſunt, velut *Lyclama 1. memb. 16. Pac. in l 6. C. de reb. cred. vt d.l.1.* de Præſide alterius provinciæ accipiatur: velut de quocunque iudice, qui cauſæ præeſſe dici poteſt, explicetur, quam ibidem refert Cynus, vel illa verba, *& ſi ſuper cauſa ſtatus, &c.* per conceſſionem dicta intelligantur, relata ab eodem Cyn. & probata *Donell. 17. commen. 9* Illud quoque ferri non poteſt, vt *in d.l.1.* legamus, *adite præſidis delegatum*: quippe qui adire non poteſt: neque illud *Anton. Fab. 17. coniect. 8.* vt verba, *accepto iudice*, textui inſerantur. Vide etiam *ad d.l.2. C. de pedã. iudic. & ad d.l.1 C. de ord. iudic, Don. 17. comment. 22. Longoval. de iuriſd. p.1. c.2. & 3. Forn. 2. ſelect. 21.* Porrò an eodem tempore Romæ & in Italia ius dandi iudices abſoluerit non ſatis in proclivi eſt: neque ex eo, quod formulæ & actiones non amplius petitæ & impetratæ *l.1. & 2. C. de form. & impetrat.* ſatis ſolidè concludi poteſt iudices amplius ferri non potuiſſe. Neque probat hoc *l.1. C. de off. prætor.* vt maximè admittas per eam prætori iniunctum, vt ipſe de cauſa ſtatus cognoſceret, quod exiſtimant *Scip Gent. 2. de iuriſd. 21. Revard 3. var. 20.* licet nec abſurda ſit explicatio *Hottom. 6 obſ 6.* quod cum olim cauſa ſtatus iudicij centumviralis eſſet, ea conſtitutione prætoris facta ſit propria. Quin quod in ſpecie de cauſa ſtatus *d. l. 1.* loquitur, in alijs cauſis morem antiquum obtinuiſſe concludi poſſit: quem tamen ſenſim ſublatum, eique deſuetudini ſublatum, veterem procedendi ritum cauſam dediſſe facile admittam, Supereſt poſtremum, quod ſecundo

loco propoſitum erat, an olim ſuper cauſa ſtatus iudex dari potuerit. Quod Dd communiter negant *in d l 1. C de ord. iudic. & in l. 3 de iuriſd.* vbi cauſas ſtatus faciunt imperij mixti, in quibus non admittunt delegationem. Et facit *l. 32. §. 7. de arb.* quæ maiores iudices in cauſa ſtatus requirit. In contrarium faciunt quæ affert *Revard. 3. var. 10* tum ex alijs auctoribus, tum *ex l 8. d. lib. cauſ. & l 9. in prin. eo* quandoquidem à prætore partes ad iudicem pedaneum mitti dicebantur, qua forma loquendi vtuntur IC. *in d l. 8 & 9* Facit *l 7. § 1 in fin de petit. hared.* quod non niſi delegatus aut pedaneus iudex iuberi poteſt partibus ſuis fungi. Neque obſtabit *d. l. 32. §. 7. de arbit.* vel quòd etiam pedanei iudices cum arbitris priuatim electis collati, maiores iudices dici poſſũt, vt *Revard. diſp. 3. var. 20.* vel potius quod *in d. l. 32* non ſimplex deciſio & cognitio quæ ad iudicem pedaneũ ſpectat, ſed tota tractatio cauſæ conſideratur, in quam etiam prætoris, qui aditur, formulaque data iudicem conſtituit, autoritas & cognitio verſatur: cum in arbitros mera priuata conuentione compromittatur.

THESIS VIII.

Proponitur initio aliquid de reiectione iudicis, quod rectius tractatum fuiſſet *th. 11.* Iure veteri, de quo etiam aliquid notatum ſuprà diſp. 4. cum præſentibus partibus iudex aſſignabatur, ſtatim eum repudiare licebat: quo referri poteſt illud Plinij in panegyr. Sors & vrna iudicem aſſignat, licet exclamare, hunc nolo, hic timidus eſt. Cæterum ad rationem illam, qua etiam abſentibus partibus iudex dari poteſt, alio modo opponendi & recuſandi opus. Ordinario plane magiſtratui, exceptio ab imperitia iuris aut ætate, de quibus in præcedentibus actũ eſt, non obſtabit: vt proinde non ſatis bene *lit. B* huc referatur tractatio & explicatio *l. 3. de off. prætor.* in qua de prætore agitur: cuius tamen deciſio etiam in iudice pedaneo locum habebit, quod & hic autoritate publica & perſonã a magiſtratu ſibi impoſitam gerens iudicet: ex quo reſponſio eſt *& l. 19. qui & à quibus & ad l 44 §. h t.* quomodo etiam *d. l 3 poſt Dd ibi.* limitat *Iaſ. col. antepen.* qua de re etiam *Cuiac. 18. obſeru. 33. Govean. 1. variar. 7. Hottom. illuſtr q. 17. Ant. Contius p. 1. diſp. iur. ciuil. c. 2* Qua de cauſa rectè *Iaſ. d loc. col 10. & 11* deciſionem *d l 3. off. prat* negat habere locum in notario putatiuo, cuius ſcilicet actus nulla electio defendit, ſed ipſe ſe ingerit. Illud rectè Tr. quod Dd notat, qui *ex d l 3.* extruunt regulam, quod cõmunis error faciat ius, quippe quod in ea *l & in l. 2. C. de ſentent. in l. 1. C. de teſtam. & in l. 3 ad Maced.* actus aliqui propter publicam vtilitatem favorabiliter ſuſtinentur, & hoc operatur opinio & error, vt perinde ſit, ac ſi ab homine libero actus illi celebrati fuiſſent. Specialis autem ratio eſt *l. 3 in fin. de ſupel. legat.* vbi error decidit quæſtionem, an argento contineantur candelabra argentea, ad hunc effectum, vt legatario debeantur: quam quæſtionem cũ communis vſus decidat, rectè ius facere dicitur: licet inſpecta rei veritate error ſit & abuſus imperitorum, quomodo ibi legẽdum eſt, nõ, *imperatorũ*: & ſuauiter Accurſius ibi diſputat, quomodo imperator errare poſſit, qui tamẽ omnia iura in ſcrinio pectoris ſui habere dicitur.

THESIS IX.

LIT. A.

Præterea ſacerdotes.] Cum præcedentibus minus rectè hæc connectuntur, quæ ad magiſtratus & iudices ordinarios pertinent: cæteroquin clerici à laico magiſtratu dati, vel vt hodie loquimur, delegati rectè de cauſis laicorum iudicabunt: licet non facile eiuſmodi negotia ſuſcipere debeant *Argumenti l. 33. C de teſtament.*

LIT. B.

Non tamen viciſſim.] Vitioſa hæc oppoſitio eſt, quod diuerſa eſt quæſtio de iuriſdictione, & de exemptione, Plane quo minus laici à clericis magiſtratibus iudices dari poſſint, dubium non eſt verum Treut. hæc ſententia eſt, quod iure iuriſdictioni laicorũ clerici ſint ſubiecti: ideoque dicendum erat, clericos non eſſe iuſtos iudices in cauſis laicorum, at bene laicos in cauſis clericorum: quod hi non cõditione ſua, ſed exemptionis iure liberi ſint ab illorum iuriſdictione: quã partim beneficio & facilitate principum, partim ambitu proprio & pontificij ſunt conſequuti: vt proinde cum pontificijs erret *Ant. Fab in l 38 de pact* exemptionem illam referens ad ius divinum. Commiſcet autem Tr diverſas quæſtiones, an hodie ſint exempti clerici, de quo cõſtat, & an ſint exempti iure, de quo minimè conſtat? vide hac de re tractatus varios à doctiſsimis viris in cauſa Veneta, ante aliquot annos editos.

Itaque vice verſa.] Ait, in quibus cauſis clerici audientiam habent, nec quoad factum iudicem laicum rectè cognoſcere. Atqui ſi iure exempti non ſunt clerici, vt Tr diſputat, & audientia, quã clerici habent ipſis non tribuit iuriſdictionem, nec à iuriſdictione laicorum ipſos eximit, cõſequenter ea nec tollet laicorum iuriſdictio-

nem

nem, & ita laici, de cauſis illis omnino poterunt cognoſcere & iudicare. Et ſane ita eſt. vt ex ratione iuris noſtri audientia clericorum cum iurisdictione laicorum concurrat, neque illa ad certas cauſarum ſpecies limitata ſit, ſed hactenus Epiſcopis conceſſa, vt antequam res ad iudicium ſeculare trahatur, illi prius cauſas audiant. & pro conditione rei componant.

LIT. C.

Vnde in quibus cauſis] Ait, quod clerici in quibus locis contraria iuri pontificio invaluerit conſuetudo, ſine culpa iurisdictioni laicorum ſubmittere poſſint. Atqui aut quæritur de eo quod iuxta ſententiam Tr. ex ratione & iure ciuili obtinet. & etiam citra conſuetudinem ſeſe ſubmittere poterunt: aut de iure Canonico, & ſecundum illud conſuetudo eiuſmodi valere non poteſt, *per cap. 12. de for. comp.* & porrò cum clerici ſanctionibus pontificijs teneantur, circa culpam eiuſmodi conſuetudini ſubmittere ſe non poterunt.

LIT. D.

Per reconventionem.] Quæſtio in eo poſita videtur, an reconuentioni locus ſit, vbi eſt incompetentia iudicis: quod quidem negat *Ant. Fab. 20 coniect. 5.6 & 7.* qui reſtringit ius reconuentionis ad cauſam, quo reconuentus alias priuilegio fori defenderetur Quo ſanè admiſſo ferè tolleretur ius reconuentionis: & repugnat ea ſententia textibus generalibus, & rationi, quæ ius reconuentionum ſuaſit & introduxit, iuxta *l. 1. & §. 5. & l. 22. h. tit. l. 14. C. de ſenten. N. 96. 2.* de quo *infr. diſp. 25. th ult.* Videtur hæc Tr ſententia defendi poſſe iure tacitæ prorogationis: & tamen ex hoc ipſo dubia fit, quod clerici expreſsè prorogare non poſſunt: niſi maiorem hic dicas vim prorogationis tacitæ: & ab ipſa quodammodo lege introductæ: quæ citato loco Bart. reſponſio eſt.

THESIS X.

LIT. A.

Ait hic Tr. quod in actione reali coram iudice laico, ideo clerici forum ſortiantur, quia territorium non habeant. Quæ ratio claudicat, vbi res mobilis petitur: & inde quoque dubium habet, quod in his quoque actionibus perſona conuenitur, & ex communiſsima ſententia non tantum locus rei ſitæ, ſed etiam domicilij in realibus actionibus tribuit forum.

Et clericum citatum.] Vera hæc ſententia eſt: quia clericus hic fungitur vice actoris: adeoque meritò in concurſu creditorum, & vbi de vendendis bonis agitur, per edictalem citationem ad ius ſuum deducendum & comparendū arctari poteſt: neque hic directò ſententia contra clericum fertur, ſed in genere ſuper iure creditorum Quomodo etiam dubio procul ex cauſa l. Diffamari, laicus iudex citare clericum, & ſub pœna perpetui ſilentij ad agendum coram ſe arctare poteſt.

LIT. C & D.

Agit hic de prorogatione loco alieno: & quod ait vnumquemque prorogare poſſe, eo minus hic quidem defendi poteſt, quod cum præmiſſa ſint de clericis, hi tamen prorogare nō poſſunt. Illud quoque non rectè ſe habet, quod cum *lit. C.* prorogationem in expreſſam & tacitā diſtinxiſſet, tamen *lit. D* quaſi per ampliationē ſubijcit, etiam tum cenſeri prorogatam iurisdictionem, cum dilatoria exceptio ponitur: quia hæc ipſa tacitæ prorogationis eſt ſpecies. Sed videamus annon hoc ipſum falſum ſit, quod obiecta exceptione dilatoria prorogationem induci ait poſt *Couarr. pract. q. 26. nu. 1. & Ferre. male pro diſſ. allegatum.* Etenim quod poſt litem conteſtatam iudicem recuſari non poſſe dicitur, argumentum à contrario ſenſu præbet, poſſe ante litis conteſtationem, quam per obiectionem huiuſmodi exceptionis non fieri cōſtat 2. ſi per actionis edendæ petitionem, & ſatisdationis de iudicio ſiſtendo præſtationem non inducitur prorogatio *l. non videtur h. t.* & per notata ſupra *diſp. 3. th. vlt. lit H* etiam & multo minus fiet prorogatio per obiectionem huius exceptionis. 3. quia exceptio dilatoria vel concernit iudicem, & nō poteſt fieri prorogatio, vel proceſſum & perſonam aduerſarij: & hæc leuior videtur, quam vt tanti momenti effectum debeat operari. Neque obſtat quod Marant mouet, exceptionē incompetentiæ debere eſſe primam, adeoque vbi alia præmiſſa eſt, illi non amplius eſſe locum: quoniam verba non ſunt cavillanda. & quod illa exceptio prima eſſe dicitur, non ita præ ſtrictè ad ſenſum Marantæ, ſed hoc ſenſu accipiendum eſt, quòd initio de competentia iudicis ſit agendum: & verò vſque ad litem conteſtatam hanc exceptionem obijci poſſe, docet *l. 4. C. de iuriſd.* Nec obſtabit *c. 20. de ſent. & re iud.* tum quod ibi ſubijſſe iudicium ſignificat litem conteſtatam eſſe, tum quia agitur de exceptione ſuſpecti, qua non poteſt videri induci prorogatio. Nec obſtat *l. vlt. C. de except.* quod ibi principium litis opponitur litis conteſtationi poſt quam iudex recuſari non poteſt *l. 9. C. de iuriſd.* & ex illa

ipſa *l. ult. Tr th. ſeq. lit. B.* notat, quod litis conteſtatione iudex fiat competens. Non obſtat denique *d. l etſi: 2. in pr h. t.* quæ non de prorogatione, ſed de ſuſceptione actionis loquitur, per litis conteſtationem, vt rectè ibidem annotauit Accurſ.

THESIS XI.

Lit. A.

Iudici opponuntur etiam alia.] Atquin de incompetentia, quam ſubijcit, iam aliquid actum eſt *th. 9. & 10.* Cæterum in vniuerſum obijcitur exceptio ſuſpicionis aut deficientis iuriſdictionis. Defectus iuriſdictionis vel eſt omnimodus, vel ratione cauſæ, perſonæ vel loci &c. de quibus latè *Vantius in cap. de nullitat. ex def. iuriſd. nu. 33. & ſeqq.*

Qua omnium prima.] Intellige iuxta prædicta, vt vſque ad litem conteſtatam locum habeant *l. 4. C de iuriſdict.*

Lit. B.

Hæc exceptio fori præſcriptio.] Paulo generalius hoc accipiendum eſt, vt etiam contineatur incompetentia ratione cauſæ vel loci, &c.

Lit. C.

Illa etiam poſt.] Regulariter tamen etiam hæc ante litem conteſtatam proponenda eſt: ſed exceptiones ſunt, niſi de nouo emergat, vel iuſtè ignorata poſt demum in notitiam perueniat *Caſtr in l apertiſſimi 16. C. h. tit. Sali. ibid. n. 1. Iaſ. col. 3. in fin. Sichard. ibid. nu. 3.*

Lit. E.

Coram ipſo recuſando.] Hoc ipſi à Tr. citati tradunt *in l. 16. & ult. C. h. t.* per *d. l. ult.* Cum autem Tr. mox etiam ordinarium recuſari poſſe ſtatuat, ad hunc tamen conſtitutio *d. l. ult.* non pertinet: ſicut & quæ de eligendis arbitris traduntur ibid. minus rectè ad iudicem ordinarium accommodari poſſe videntur: vt fortaſſis hoc caſu iudicis ordinarij ſuperior fuerit adeundus. Ex ratione iuris veteris iudex præſentibus partibus addici & recuſatio eius coram prætore citra libellum fieri ſolebat.

Cauſa ſuſpicionis exprimatur.] Iure Canon. hoc liquidum eſt: ſed idem iure ciuili obtinere, Tr. ſtatuit. Equidem iure antiquo in genere prætextu iniquitatis iudicem datum recuſari poſſe, ipſe à Treutl. citatus Cuiacius ſtatuit, & proinde cauſam inſerendam eſſe malè probat ex *l. 9 de liberal cauſ.* ex quo textu iure etiam veteri aliquando, v. c. vbi alias conueuientia cauſæ dividatur, recuſationis rationem reddendam fuiſſe confirmatur. Cæterum hodie in ſpecie *l. 16. & ult.* expreſſione cauſæ opus non eſſe, communis eſt Legiſtarum ſententia, quam referunt & ſequuntur *Br. & Bl. in d l. 16. Zaſ ibid. n. 25. Caſtr ib. n. 7. Iaſ. col. 5. Sichard n 11. Sali. n. 6. Couar. pract. q. c. 26. n. 1.* Pro qua ſententia optime facit quod iure ciuili iuxta dd. textus iudice recuſato electi arbitri, de ipſo negotio principali, non de cauſis ſuſpicionis cognoſcunt, & tamen abſurdum eſſet cauſa expreſſa non audiri iudicem falſitatem cauſæ, oſtenſurum aut eius veritatem probandi nullam neceſſitatem alleganti imponi. Atquin iure Can. arbitri electi nō de controuerſia principali, ſed cauſis ſuſpicionis cognoſcunt *c. 11. de off iud. de leg in 6.* ex quo differentia quam omnes agnoſcunt, altera illa prior de expreſſione cauſæ dependere videtur. Secundum quæ dicemus, in libello recuſatorio, cuius mentionem facit Iuſtin. ſufficere ſimpliciter recuſationem proponi, & ad litigandum coram arbitris, & ad iurandum de calumnia ſeſe offerre. hoc enim iuramentum, quo ſuſpicio calumnioſæ recuſationis purgetur, iidem ſupra citati Dd. requirunt.

Lit. H.

Sed & ordinarium.] Delegatum recuſari poſſe cōſtat, per nudam etiam, vt paulò ante dictum, ſuſpicionis allegationem: quo Iuſtin. veteris iuris rationem imitatus videri poteſt. De ordinario communis itidem legiſtarum ſententia eſt, recuſari eum non poſſe, ſed ſaltem peti, vt alius adiungatur, ex *Auth. ſi verò C. h t. Bal. in d. l apertiſſimi 16. eo tit. Iaſ. ibid. col. 2. Sichar. nu. 6 & ſeqq. Salic. ibid. nu. 4.* De qua etiā communi ſententia atteſtatur *Covar. pract quaſt c. 26. Zaſ in d l 16. C. h. t nu. 7.* qui tamen à communi illa opinione *n. 9.* recedit, tum ex ratione *d l. 16.* tū ex eo, quod ipſi Dd non paucas admittunt cauſas per modū exceptionis, quibus in totum iudex ordinarius recuſetur, vt eſt videre apud *Caſtren. in ſupra d. l 16. C h. tit num. 6. Iaſ col 2. ibid. Sich n* 8. Et ſane vt quis coram ſuſpecto iudice litigare cogatur rationi & æquitati repugnat: neque ſatis conſultum eſt parti, ſi etiam cum alio ſuſpecto iudici cauſam cognoſcere & decidere permittatur, quod conſtituit Iuſtin. *in Auth. ſi verò C. h. t.* vix enim eſt, vt locus ille de leui ſuſpicione & nuda dubitatione poſſit explicari cum *Zaſ. in d l 16. C. h. t.* Et videtur hic ſibi non ſatis conſtituiſſe Iuſtin. quippe qui in *Nou. 69 c. 2. & N. 53. cap. 3.* (quæ loca ad delegatum non videntur poſſe reſtringi) in genere conſtituit, cum qui iudicem ſuſpectum dicit, poſſe alium mereri. Poterit igi-

tur

tur & ordinarius iudex recuſari, ſed alio fortaſſis effectu & modo: vt vel cauſam mandare cogatur *ar.l.pretor de iuriſd.* quod notat etiam *Caſtr. in l 16.C.h.t nu.6.* aut utique cauſa recuſationis exprimatur, quam quorundam ſententiā refert *Cyn. in ead.l.16.Salic.ibid.n 5.* & cauſa grauior requiratur: (quomodo contrariæ ſententiæ non difficulter poterunt conciliari) aut etiam ſuperior adeatur, & ab eo alius iudex petatur & impetretur *arg.d N 69.c.2.& N.53.c.3* Facit argumentum *ex l.un C ſi qua.pred. p t.* vbi perſonæ, cui propter affectatas nuptias præſes ſuſpectus eſt, defenſio ad ſuperiorem magiſtratum dicitur pertinere.

De hoc dubitari non debet.] Ait quod iudex recuſatus vt ſuſpectus in cauſa ſuſpicionis per arbitros electos interrogari poſſit, vt veritatē dicat, & ad reſpondendum teneri. Hoc quidem Treutler. diſſertationi etiam de iure ciuili inſtitutæ, malè ſubjicit: cum hoc iure arbitri electi de cauſa ſuſpicionis non cognoſcant. Ideoq; addendum erat, hoc ſecundum ius Canonicum proponi, quo ſanè hæc quæſtio ex quam mihi dubitandi rationem habere videtur: quod hic arbitris de ſuſpicionis cauſa cognoſcentibus, iudex quaſi partis vices ſuſtinere intelligitur. Idque etiam magis in cauſa criminali obtinere debet, licet Tr. ita loquatur, quaſi in hac maior ſit dubitandi ratio. Verum Tr aut fallaciam hic admiſit homonymiæ, aut malè cepit Teſſaurū, quia non de cauſa criminali delegata, ſed iudici obiecta loquitur: cuius ego ſententiam veram exiſtimo, vt ſi forte iudici crimen adulterij vel homicidij obiectum ſit, ipſe deſuper reſpondere non teneatur. Multo minus admittā, vt quod Tr. ſubjicit, etiam iurare teneatur: id eſt, vt iuramento innocentiā ſuam purgare teneatur. Ad quam rem omnino frivole à Tr. poſt Teſſaur adducitur *Authen nouc iure C.de pen.ind* vbi neque de arbitris de cauſa ſuſpicionis cognoſcentibus, neque omnino de iudice recuſato agitur: ſed cū *in l 1.C.d.t* pœnam amiſſionis cauſæ ei qui iudici aliquid dedit irrogetur, ſubjicitur *ex Nou. 124.c.2.* eum veniam mereri, qui initio litis ſe aliquid dediſſe profeſſus fuerit, ita vt iudex conuictu graviter puniatur, alioquin iuramēto innocentiam ſuam purgare tenetur. Quod autem ſequitur tanquam per modum limitationis, niſi rum ante concluſum cauſæ, &c omnino obſcurè & contortè proponitur, & hactenus quidē ex Covarr. hæc ſententia colligitur, ſi ſuſpicionis cauſa ante cōcluſionem in cauſa emerſerit, & poſt concluſionem demum propoſita fuerit, non audiri partem, nec remoueri iudicem, ſi tamen iuramento ſe purgaverit. Quæ ſane ita cōfuſim proponi non debeant, & in hoc quoque vitio ſunt, quod iſto caſu non ante, vt Treutler. loquitur, ſed poſt cōcluſionem iuretur. Poſtrema autem verba, *quod iudex extraiudicialiter interrogare poſſit, tam antequam poſt concluſum cauſa* ego non ſatis aſſequor, & coniectore hic fuerit opus. Illud poſtremum addamus, ex ratione iuris ciuilis iudicem delegatum recuſatum ſententiam ab arbitris datam executioni mandare, eūque eſſe ſenſum *l vlt.ibi executore negotii cui mandata eſt cauſæ examinatio imminente, &c* quod rectè ſtatuunt *Bart. & Bald in d.l.ult & Salicet ibid. in ſummar.* & male *Iaſ ibid col.3.* neſcio quos executores ſpeciales comminiſcitur: & ratio eius contra explicationem Bartoli falſo nititur fundamento, quod delegatus ab alio quam principe, ſententiam exequi non poſſit: de quo actum ſupra *diſp.3.*

THESIS XII.

LIT. A.

Ait clauſulam principis, remota recuſatione, tantum intelligi de cauſis frivolis & levibus: quod etiam poſt *Gl. tradit Iaſ. in l. apertiſſimi 16. C h.t.col.4. & ex Spec. Zaſ ibid.nu.21.* Sed dubium facit, quod Tr. h. præced. cauſas excuſationis exprimendas eſſe tradit, & lit B hac th. ex quibus cauſis teſtis ſuſpectus arguitur, quas inſtas & non frivolas eſſe oportet etiam, iudicem recuſari docet. Secundum quam ſententiam, cum in cuiuſvis iudicis recuſatione iuſtas cauſas allegare oportet, efficietur, vt ſi clauſula iſta principis tantum de frivolis cauſis accipitur, ea vepote nihil operans præter ius commune, ſupervacua & inutilis ſit futura. Quod licet abſurdū videri poſſit, ei tamē non obſtat ratio Gail quòd ſi princeps poſſit delegare remota appellatione, etiam & multò magis poſſit remota recuſatione quoniā licet hoc aliquo reſpectu minus ſit, hoc tamē intuitu magis eſt, quod cum in dubio pro ſententia magiſtratus præſumatur, ex adverſo contra iudicem ſuſpectum, quod ille partem litigantem gravaturus ſit, præſumitur, & cogi litigare coram tali judice, per quam grave & durum eſt Porrò admiſſa Dd ſententia ſupra relata, quod iure civili regulariter cauſa ſuſpicionis exprimenda non ſit, hæc res ita expediri poterit, vt adiecta iſta clauſula, non amplius ſufficiat ſimplex recuſatio, ſed cauſas eius eaſque relevantes proponere oporteat.

arbitris citra ſtipulationem pœnalem electis, interpretatur.

THESIS V.

Lit. A.

Proponitur hic quæſtio, quiſnam judex pro reductione laudi ſit adeundus. Equidem ſunt qui judicem appellationis proponunt, quorum meminit *Salic in l 5. de arb. nu. 14.* Videri poſſit eius partis judex, contra quem petitur reductio, adeundus: cuius ſententiæ ibidem meminit Salicetus. Sed verior ſententia eſt, tum implorati officium judicis pro reductione *Salic. d. loco nu. 13.* tum ipſius illius judicis, qui, (vt rectè Treut. remoto arbitramento ordinarius eſt, adeoque ſemper judicem rei, etiamſi hic gravatus proponatur: idque eſt, quod ſæpe d. loco, licet dubitans Salicetus refert ex Bartolo, poſſe implorari officium judicis coram judice ipſius implorātis: ſiquidem, vt paulò ante dictum. pronunriatio hujus arbitri nullum iudicialis ſentētiæ habet effectum. Aliàs probata ſententia communi, quæ pro judice arbitrum iſtum habet. videri poſſit, arbitratoris iudicem adeundum, & apud eum iniquitatis querelam inſtituendam eſſe, cum petitio reductionis ſpeciem appellationis habeat.

Lit. B.

Connexa priori proponitur quæſtio, an à ſententia iudicis laudum confirmantis appellari poſſit: cuius deciſio, non uſque adeò difficilis, vt Tr. putat, eſſe videtur: ſiquidem judex ille, non ut arbiter, & arbitratoris vicem ſuſtinens, vt malè putat Salicet *in l. 5. C. de arb. num 18.* (vbi ex falſo iſto præſuppoſito jus appellandi negat) ſed ut judex ordinarius aditur, quod ipſe Treut. *quaſt. praced.* reſpondit, qua de cauſa etiam novas probationes admitti, *ipſe Salic ſcribit d. loc. n. 16. Fac. l. 79. pro ſoc* vbi ICtus ait, iniquitatem arbitrij inſtituto iudicio corrigi, quo caſu appellari poſſe dubium non eſt. Quinimò ex vera ratione iuris in judicio illo nulla confirmatione aut retractatione opus eſſe, ſed ſimpliciter de cauſa principali quæri, & ſuper eadem pronuntiari exiſtimo.

Illud certum eſt.] Quæ hic ſequuntur non arbitratorem, ſed arbitrum compromiſſarium pertinent. Vbi de illo videndum, quod arbitrum mulctam dicere poſſe negat. Quod quidem ex præmiſſo arbitrum non poſſe ſtatuere, niſi de eo in quod compromiſſum eſt, nō ſatis benè infert ri videtur: quod ea ratione magiſtratui quoque judicanti ſuper cauſa privata, jus dicendæ mulctæ adimi poſſit. Concedit tamen Tr. arbitro jus puniendi contumaciam litigatoris, *ex l. 39. de recept. arbitr.* vbi dicitur, quod arbiter contumaciam litigatoris punire poſſit, pecuniam eū alteri dare jubendo. Quod dupliciter explicant Dd. & Bart. ibid. vel quòd arbiter non facta reſtitutione juramentum in litem alteri deferre, vel quòd contumacem mulcta pecuniaria coercere poſſit: quod ipſum tum demum admittunt, ſi nominatim poteſtas mulctandi arbitro fuerit conceſſa, quod ſequitur *Muſcorn. de iuriſd. n. 123.* Verum explicatio prior ideò non placet, quod *in d. l. 39* non deferenda ſententia, ſed de irroganda aliqua pœna pecuniaria, tractatur. Neque verò locum illum de ea pecuniæ datione, quæ per ſententiam imponitur, commodè explicari, illud indicio eſt, quod *in dict l. 39* propoſitus caſus, quo mulctandi ius negat ICtus, & quem utique cum priori in aliquo ſimilem eſſe oportet, nullo modo ad eiuſmodi contumaciæ genus, quod lata ſententia coerceatur, referri poteſt: ne dicam, quod cum ſuper quavis re in arbitrum compromittatur, admiſſa illa explicatione non rectè pecuniæ dandæ mentionem feciſſet ICtus: & quod continuatione proceſſus contra abſentem & promulgatione ſententiæ non directò, ſed per obliquum contumacia puniatur: cùm præſertim modus ille puniendi cōtumaciam ex nova conſtitutione Iuſtin. *in l 13. C. de iudic.* eſſe videatur: neque verò propter quamvis contumaciam in judicio commiſſam ſtatim ad ſententiæ dictionem poterit procedi. Altera explicatio Dd. divinatoria eſt, & contra generalitatem textus *in d l 39.* Ideoque defendi poſſe exiſtimo etiam contra Tr. jus mulctaudi habere arbitrum: non obſtante *l de die 27. §. 4. de arbitr.* non quod vel *in d. l. 27.* vel *in d. l. 39.* ita nominatim in compromiſſo cautum ſit, vt ibi reſpondent *Gloſſ. & Bald.* quàm potius quod ſpecialis *in d l. 27.* proponitur contumacia, quæ ſc. directa eſt principaliter ad impediendū ferri ſententiam, vt perinde habeatur, atque ſi ipſi ſententiæ paritum non fuiſſet. Neque movet ratio *Coſtalij in d. l 39* quem ſequitur Tr. quod arbiter vtpote homo privatus, non poſſit iubere mulctam fiſco inferri: quoniā hæc de qua quærimus non eſt vera mulcta quæ tantùm à magiſtr tu irrogatur *l 2. §. ult de iudic l. 131. in fin de V. S* ſed effectum mulctæ habens, & non fiſco, ſed adverſario, vt ipſe textus habet, applicatur, & pœnam indictam non ſolvens ex ſtipulatione pœnali, perinde atque ſi ſententiæ non paruiſſet.

ſer, tenebitur. Quod ſi dixeris malè arbitrio cõcedi, quod nuſquam iudici pedaneo permiſſum legimus: reſpondebo differentiæ hanc rationẽ eſſe, quod partes mulctandi in hoc caſu ſunt prætoris, qui judicem dedit, & ab hoc dictam ſententiam exſequitur, *l. 15. in pr. de re iud.*

Ex *ſententia verò arbitri.*] Propoſitio hæc Tr. quod ex ſententia arbitri tam actio naſcatur quàm exceptio falſa eſſe videtur: quia ſententia arbitri non ſuſtinetur proprijs viribus, ſed ſola ſtipulatione pœnali, cuius metu ſententiæ paretur. Et vtrique membro propoſitionis illius contradicunt, de actione, *l. 1. C. de recept. arbitr.* de exceptione *l. 2. ff. eod.* quæ tantum ex actionem pœnæ, ex ſtipulatione ſcil. eſſe docent. Neque obſtat *l. 5. Cod. d. t.* quæ ut paulò ante notatum ad caſum ſingularem pertinet, quo nudo pacto citra promiſſionem pœnæ compromiſſum eſt: nã quod de arbitris juramento receptis ſtatutũ eſt a *Iuſtin. in l. 4. C. de arbitr.* ab eod. mutatum eſt. *N. 82. c. 11.* Et de hoc ſcil. caſu compromiſſi nudo pacto facti agitur etiam *in pr. d. l. 5.* quomodo etiam *Gloſſ. & Bart. d. l. 2. cum d. l. 5.* componunt. Mihi tamẽ ſcrupulum hic movet, quod ex ratione juris noſtri arbitrium omne ſtipulatione vallatum eſſe oportet, neque aliàs arbiter à prætore ſentẽtiam dicere cogitur. Neque hic ſatis apparet, poſterioribus legibus eſſe aliquid mutatum: & vt maximè Iuſtin. de exceptione, non tam ex ſententia, quàm ex pacto deſcendentem accipias, vt qui pactum etiam nudum fecit de parẽdo ſententiæ, exceptione pacti poſtea contra ſententiam veniendo, repelli poſſit, quam explicationem Iuſtin. etiam verba *in d. l. 5. in pr.* admittunt, ibi, *exceptionem ei velut pacti generari:* attamen ita non ſatis removetur illud, quod ex ratione iuris noſtri compromiſſum ſtipulatione tantum intercedente rectè fieri diximus. Neque enim explicare poſſis Iuſtin. de caſu ſingulari qui proponitur *in l. litigatores 11. §. interdum. 3. de arbitr.* vbi nudo pacto ſit compromiſſum inter vtrinque debitores, & utrinque ſi non pareatur ſententiæ arbitri, de non petendo paciſcentes. Verum iſta alijs conſideranda relinquamus. Facilius ſanè eſt, vt exceptio detur quàm actio, & ut interveniente pacto exceptio naſcatur, cum ex communi ratione iuris actio ex pacto produci non poſſit. Verum Juſtin. *in d. l. 5. C. de recept. arbit.* quod ibid. communiter notant Dd. æquitatem imò æqualitatem ob oculos habuit, neque ex incerto eventu jus compromiſſi pendere voluit, ſed æquum eſſe putavit, vt cum utriuſque compromittentis par ius & ratio ſit, in quemcunque etiam eventum ſententiæ, ab arbitrio latæ, æqualiter utique compromittentium cõſulatur. Et ita ſanè eſt, vt ferendum non ſit, reo quidem abſoluto exceptionem, actori autem victori contra reum condemnatum nullum remedium supereſſe: & vix eſt, vt unquam ita jus fuiſſe, quin potius Tribonianum ignorantia juris veteris lapſum hic eſſe ferè mihi perſuadeam. Illud enim utique minimè tentari poteſt, vt textus ille de arbitratoribus accipiatur, per ea quæ paulò ante ſunt diſputata.

THESIS VI.

Lit. A.

Parum concinnè conjungit hic, prælatũ, Iudæos, paganos, vaſallos. Et quidẽ quod de prælatis dicitur, accipi oportet, (aliàs enim nulla eſſet ratio dubitãdi) de compromiſſo ſuper bonis Eccleſiæ, quæ ipſi fructuario jure tenent. Adeoque, cùm præſertim ex ipſius Treut. ſententia lit. G. compromiſſum ſit ſpecies quædam tranſactionis, tentari poſſit contra Treutl. non rectè hic compromitti. Et Alexander allegatus ſententiam Tr non probare, ſed tantùm hoc affirmare videtur, quod prælatus conveniri poſſit ex ſtipulatione pœnali; & hoc tamen argutatio quædam videtur, & fortaſſe verius, vbi ſuper ipſa re compromitti non poteſt, nec ſtipulationem pœnalem valere.

Pagani] Hi vtrique res proprias poſſidere, & in iudicio litigare poſſunt, quod apparet *ex titulo C. de Pagan.* cum illo tempore nondum omnibus converſis ad fidem, cives etiã eſſent: quod hodie ſecus eſt, & moribus noſtris pagani non niſi inter peregrinos referri poſſunt, quibus tamen ius & iuſtitia adminiſtranda erit.

Vaſalli.] Ait eos compromittere poſſe, modò nihil fiàt in præiudicium domini. Atquin hoc potius quærendum, an hic aliquod præiudiciũ domini verſetur. Equidem nemo in alterius præiudicium compromittere poteſt. Quod ſi ita intelligit, non poſſe compromitti, vt alteri per ſententiam feudum adiudicari nequeat, neque diſſ. Clarus malè allegat & eo ipſo compromittere eum non poſſe efficietur, contra textũ *in tit. d. L. Cõtra 1. & in cap. un. de inveſtitur. in marit. facta.* Neq; obſtat quod Clar. movet, vaſallũ de feudo diſponendi & illud alienandi poteſtatẽ non habere: quia arbitria iudiciorũ inſtar habent *l. 1. de arbitr.* adeoque perinde erit, ac ſi apud iudicem ſuper feudo concertatum fuiſſet.

Digitized by Google

LIT. B.

Hic quoque parum concinnè copulantur diverſæ perſonæ, ſervi, impuberes, mulieres, furioſi. Et nimirum hæc res non exemplis nudis, ſed regulis explicanda erat. Et coniunguntur perſonæ quæ ſimpliciter, & quæ ſecundū quid, & ex diverſis planè cauſis prohibentur. Scilicet mulieres rectè compromittunt, niſi quatenus compromiſſum incidit in ſpeciem interceſſionis, adeoque hoc pertinet ad tractatum de Velleiano. Impuberes, furioſi, ſicut & prodigi, ſub locum communem pertinent eorum, qui nec obligari poſſunt, nec idoneam in iudicio ſtandi perſonam habent: ex quibus duobus æſtimandum videtur, an aliquis compromittere poſſit necne. Poſterior ratio militat in ſervo, ut docet *l. 3. §. ſi ſervus 8. de pecul.* ut nec actio de peculio ex ea cauſa in dominum detur, de quo benè *Cuiac. 8. obſ. 11.*

LIT. C.

Hunc quoque locum, in quos compromitti poſſit, tantum per exempla tractat Tr. Dicendum videtur, eum qui judex eſſe poteſt, etiam arbitrium rectè ſuſcipere, ex ratione *l. 1. de arbitr. iuncta l. 41 eod.* ubi ex eo, quod minor 20 annis judicare non cogitur, nec rectè in eum compromitti infertur: Et repugnat textui, quod *Pet. Fab. ad l. 2. de reg. iur. n. 27.* minorem ſuſcepto officio iudicis ſententiam dicere cogi exiſtimat. Et hac in re fatendum eſt aliam arbitrij eſſe rationem *per d. l. 41.* qua à minore 20 annis arbitro ſententiam dictam invalidam eſſe probatur, quæ tamen ſponte dicta ab eo iudice proculdubio valebit: *facit l. 57. de re iud.* Et triplex ratio dari poteſt, propter quam facilius judex quàm arbiter aliquis eſſe queat. 1. Quod ille iudicet autoritate publica, hic privata. 2. Quod ille ex præſcripto formulæ, hic ex arbitrio judicat. 3. Quod illius ſententia appellatione emendari poteſt, huius ſententiæ metu pœnæ, ſive æqua ſive iniqua ſit ſtandum eſt.

Etiam in dignitate conſtitutos] Hoc quidē caret omni dubitandi ratione, quā tamē ſubeſſe particula *etiam*, arguere videtur. Et illud inconcinnum quod hi cum infamibus coniunguntur.

LIT. E.

Si partes eum elegerint.] Fruſtra hoc adjectum eſt, ſiquidem nullus eſt compromiſſarius citra partium electionem. Et in hoc iniuriam facit VVeſembecio, qui loco allegato verius eſſe ait minorem 20. annis jure civili arbitrum eſſe non poſſe & reſpondet *ad l. 57. de re iud.* quòd illa non de arbitro, ſed de delegato loquatur.

Quod arbitrator eſſe poſſit.] Particula *hodie* ſupervacua videtur, quod nihil hac in re mutatū eſſe oſtendi poſſit: & cum ut ſæpè dictum, arbitrator iudex non ſit, quo minus à minore 20 annis etiā olim remedia tranſactionis proponi potuerint. dubitari nec poteſt nec debet: qua in re diverſa arbitri ratio, qui ſententiam dicere cogitur, & adeo in ſuſceptione arbitrij quædam ſubeſt læſio, quæ etiam reſtitutioni locum facit. *l. 41 in fin. de arbitr.* Et fruſtrà huc afferrur *auth. ſi verò C. h. t.* in qua nihil de minore, ſed hoc tātùm deciditur, quòd Epiſcopus cum ſuſpecto judice cauſam audire, eamque vel iudicialiter debeat terminare.

LIT. F.

Inter arbitri prohibitos refert hic iudicē ordinariū. Quæ ſententia verbo *ordinarij*, eo modo, quo th 3 ſumitur, (quomodo accipi à Treut. inde colligere licet, quod juri civili hac in re iure canon. derogatū eſſe non obſcurè exiſtimat) accepto, vera non videtur: vel quod non facilè ſtatuenda eſt diverſitas iuris civilis & Can. quo in ordinarium iudicem compromitti poteſt *c. 5. & 10. de arbitr.* vel quod utique nihil impedimēto eſſe poteſt, quo minùs verbi cauſa in prætorē vel præſidem rectè compromittatur. Nec obſtat *l. 9. § 1 de arb* quia loquitur de iudice pedaneo, qui cum ex formula ſuſcepta iudicare debeat, arbitrium eius controverſiæ non rectè in ſe recipit. Illud verò frivolum quod huic juri, ut ne compromittatur in iudicem ordinarium cōſuetudine putat eſſe derogatum: reſpiciens proculdubio ad id quod Accurſ. notat & objicit *in d. l. 9. § 2. de arbitr.* ſolere iudices antequam ſententiam ferant, tranſactionē tentare inter partes: quia hoc non iudices pedanei, ſed magiſtratus ordinarij faciunt: nec malè reſpōdet Accurſ. iudices ita agere vices non arbitrorum, ſed arbitratorum. Ex quo quidem confirmantur, quæ paulò antè de arbitratoribus diximus, cum iudex, quo caſu concordiam tentat, non iudicis, ſed mediatoris vice fungatur, & quicquid ita inter partes actum eſt, non autoritate iudiciali, ſed iure tranſactionis valeat. Hinc etiam decidi poteſt quæſtio quam Accurſ. movet, an in delegatum hodie compromitti poſſit: quod quidem non de delegato ad certam cauſam, ſed ad univerſitatem rectè affirmatur, de quo genere delegati agitur *in c. penult. de arbitr.*

LIT. G.

Non criminali, niſi agatur civiliter.] Propriè loquendo ieiuna & nulla hæc limitatio eſt: quia

hæc

hæc cauſa civilis eſt, iuxta diſtinctionem & explicationem ab ipſo traditam *theſ. 1.*

Non ſuper rebus meri impery.] Hæc quidem tautologia eſt, quia omnis meri imperij cauſa criminalis eſt, & vice verſa, iuxta tradita ab ipſo ſupra *diſput. 3. theſ. 5.*

Vel mixti.] Repetenda huc ſunt tradita ſupra *d. diſp. 1 th. 4.* vbi quænam mixti imperij ſint, explicatum. Porrò cum compromiſſo nec imperium, nec iuriſdictio tribuatur, vbi quæritur, ſuper quibus cauſis compromitti poſſit, non ad iuriſdictionis, an imperij ſint, diſtinguendum, ſed ex conditione cauſarum de hoc iudicandum videtur.

Nec ſuper re iudicata.] Cùm ipſe compromiſſū cum tranſactione hic comparet, dubia videtur exceptio qua ſuper re iudicata, ſi huic per partes renunciatum ſit, cōpromitti poſſe affirmat: cùm textus iuris ſimpliciter ſuper iudicato trāſigi poſſe negent, quibus alias facile fraus fieri, imò manifeſto illi eludi poſſent: neq; verò permitti debet, vt publica autoritate deciſum, à privatis rurſus in controverſiam vocetur. Et allegatum *cap. expoſita. 11. de arbitr.* ſententiæ Tr. potius refragatur, quippe quod compromiſſum ſuper iudicato factum omninò improbet & annullet.

THESIS VII.

Theſis iſta neque cum præcedentibus, neque cum ſequentibus cohæret: ſiquidem tradita *th. 3. th 8. & ſeqq* ad iudices, de quibus hac th. tractat, ſive quæras de ipſis qui dantur, ſive à quibus dantur, accommodari non poſſunt. imò *ipſa lit. A. hac th in alleg.* propoſita, cum iure veteri, quod in ipſa th proponitur, nullo modo conveniunt. Et omninò Tr jus vetus cum novo confundit, & æquivocè verbum *iudicis*, modò pro magiſtratu, modò pro pedaneo iudice, citra vllam cautionem confuſim uſurpat.

LIT. A.

Quibus ut lego.] Ius dandi iudices ſpeciali hic conceſſioni acceptum refert, quod tamen *ſupra diſp. 3. th. 4 lit. A.* dixit eſſe iuriſdictionis Atquin hæc duo inter ſe opponuntur *l. 1. in pr. de offic. eius*, de quo vide notata ſupra *ad d th. 4.*

LIT. B.

An etiam gravi crimine notati.] Diſtinguendum hic videtur inter ordinarium magiſtratum, & iudicem pedaneum: & an judex aliquis dari, an contra eum datum excipi, & an ipſe datus, ne iudicare cogatur ſe excuſare poſſit. Et conſtitui quidem infamis magiſtratus ex certa ſcientia â principe, & contra eum conſtitutum difficilius, contra pedaneum iudicem autem facilius à partibus excipi & ille ob periculum corruptionis à partibus recuſari poterit: ipſe autem datus, quo minus iudicet, vix ſe poterit excuſare *arg l. un C. d. infam. iuncta l. 18. §. 14. d. mun & honor.* quæ etiam eſt ſententia *Caſtrenſ. in l. cum prætor 12. §. 2. h. t.* Vt proinde ſpeciale videatur in eo qui ob turpitudinem ex ſenatu motus eſt *in l. 7. de ſenator.*

LIT. C.

Non habeamus cæcum.] Probatur hæc ſentētia ex *l. 6. h. t.* quæ male de eo, qui poſt ſuſceptū officium ex caſu talis factus eſt, explicatur: quia vt iudex pedaneus ſuper privata ſpeciali cauſa datus interim cæcus efficiatur, non niſi de rariſſimē contingentibus eſſe poteſt, *Facit l. 12 §. 2. h. tit* Vbi tantum muti & ſurdi fit mentio: ex quo cæcum iudicem dari poſſe, ibidem colligit Caſtrenſ. Plane dubium non eſt, quin contra eiuſmodi iudicem excipi à partibus poſſit quod à cæco multa minus commode expediri queāt. Quod ſi, vt ipſe iudex ſententiam ex ſcripto recitet, neceſſarium hodie eſt, ex *l. pen. Cod de ſent. ex pericul.* vtique cæcum iudicem eſſe non poſſe conſequitur: de quo actum etiam ſupra *diſp. 4. th. 1 diſp 8 th. 2. lit. B.* quibus locis ead hæc quæſtio à Tr. proponitur.

LIT. D.

Habemus imperitum iuris. Negat hic Tr imperitum iuris iudicem dari poſſe. Cui obſtare videtur, non tàm *l pen C h. t* quàm potius quod iudices dati olim magis de facto quam iure cognoſcebant, vt ipſe tradit Tr. ſupra *diſp 4 th. 1. lit. G* & quod iudices ICtos conſulere ſolebant *arg. §. reſponſa Inſt d. iur. nat* & ſane olim eam ICtorum copiam fuiſſe, vt omnes iudices periti eſſent, veroſimile non eſt. Et proinde, non tātum inter magiſtratum diſtinguendum eſt, & iudicem pedaneum, ſed amplius, inter ius vetus & novum vt illo quidem etiam imperiti iuris potuerint eſſe iudices, non autem hoc, videlicet poſt *Nov. 82.* qua Juſtin in iudicibus requirit peritiam iuris, nec aliunde eos vult emendicare, vt ipſe loquitur, iudicandi honeſtatem: & hoc ſe in iudicibus ordinarijs. ad deciſionem controverſiarum deputatis *d Nov 82. in pr & cap. 1.* Nihil autem mutatum in magiſtratus adminiſtrationi alicui præpoſitis, qui frequenter erant

homines

Digitized by Google

homines militares, aſſeſſoreſque habebát, quibus imputabatur, ſi quid minùs rectè iudicatum fuiſſet. Cæterum Tr. non rectè videtur cœpiſſe Dd. quos pro diſſ. allegat, qui tãtum abeſt, vt iu iudicibus peritam iuris deſiderent, vt etiam imperitos literarum admittat, de quibus etiam non imperitis iuris, diſputant *l. pen C h t.* idque ita affirmãt *ibi Cyn. Bart Sal. & Caſtr.* quibus tamen obſtat *l pen C. de ſent ex peric* cui non convenit, quod ibid. *Cyn. & in d l pen* ſufficere exiſtimat, ſi per notarium præſente iudice legatur ſententia: quòd ita nulla eſſet, quæ *in d l. pen.* in hoc ſtatuitur prærogativa magiſtratuum maiorum quam rationem *poſt Gloſſ. in dict. l pen, C. h tit.* expendit contra Cyn. *Salic. in d. l pen. C. de ſent. experic.*

Lit. E.

Octodecim annis minorem.] Hunc planè removet Tr. à facultate judicandi: pro quo non facit *l. 12. § 2 h. t.* quin oppugnat magis, quòd excluſio impuberis videatur includere puberem. Sicut & magis contra eum facit *l. quidam 57. de re iud.* quæ inter conſentientes minorem 18. annis judicare poſſe cõfirmat: quomodo etiam locum illum accipit *Accurſ. in d. l. 12. h. tit & poſt eũ Bart. & Caſtr. in d. l. 57* vbi quatuor ætates diſtinguũt, impuberis planè inhabilis: puberis vſque ad 18. annum, habilis ex conſenſu partium, vel ſi à principe datus ſit: vſque ad 20. annum, habilis etiam citra partium conſenſum, vt tamen ſententiam dicere non cogatur *l. 41. de arbitr* & denique poſt 20. annum ſimpliciter habilis, vt etiã cogatur, niſi quod, vbi periculum læſionis eſt, reſtitutionem implorare poſſit. Planè Iure Canon. nec conſenſus partium minoris 18. annis perſonam legitimare poſſe videtur, *ex cap. cum viceſimum, ant. pen. d. offic. deleg.* quam diverſitatem iuris civil. & Canon. not. *Caſt. in d l. 57. de re iud.*

Lit. F.

Proponitur hic pugna & conciliatio *l. 10. de iuriſd cum l. 77. de iudicijs.* Vbi videtur diſtinguẽdum inter magiſtratum & iudicem datum, quò ad hunc non rectè diſtinguitur inter cauſas publicas & privatas, quia ſuper his tantum iudices dantur: non etiam inter ius dicere & iudicare, quoniam non ius dicere, ſed tantum iudicare dicuntur iudices pedanei, de quibus cum hic agatur, non rectè hæc diſtinctio proponi videtur. Nominatus autem iudex, V. C. filius in caſu patris, rectè ſe excuſabit, & à parte adverſa rectè recuſabitur: admiſſus autem à patre, & à magiſtratu datus addictuſque, iudicare & poterit & debebit non obſtante patria poteſtate Quod ſc. innuit *l 78 d. iud.* quæ iudicare minus publicũ eſſe tradit: quibus verbis removetur obiectio, quæ a iure patriæ poteſtatis poterat deſumi, quod nimirum hoc in muneribus publicis non attendatur *l. 9. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris.* Circa magiſtratum, diſtinctio inter poſſe & debere, non divinatoria, ſed vera & omninò admittenda eſt; vt ſc. etiamſi nihil hic opponatur vel excipiatur, rectius tamen facturus ſit magiſtratus, ſi ſuper eiuſmodi cauſa alteri mandet iuriſdictionem: cæteroquin tamen ius in ea dicere poſſit *arg d l 10 d. iuriſd* qua monitione opus non fuiſſet, ſi nullo modo magiſtratus ius dicere potuiſſent: niſi fortè poſteriori iure hic aliquid mutatum *l. un C. ne quis in ſua cauſa & l v. Vant. d. Nullit ex def iuriſd n. 64.* Neque putamus diverſas hac in re fuiſſe ſententias ICtorũ, cuiuſmodi diverſitatem minimè, vt malè exiſtimat Treut innuit *l 0 de arb.* quippe cui optime convenit cum *d 77. d. iud* neque quod ibi pleriſque placuiſſe dicitur, inde ſcholas & ſectas ICtorum, in diverſas abiviſſe ſententias, vllo modo inferri poteſt vide etiam de hoc notata ſupra *diſp. 3. th. 8. lit. A.*

Illud dubium non eſt.]Extra propoſitam materiam hoc affertur, tanto incommodius, quod cum tota hac th. agatur de iudicibus datis pedaneis, hi omninò nullam habuerint iuriſdictionem.

An in cauſa libertatis.]In quæſtione hac an in cauſa libertatis dari potuerit iudex, neſcio quã ieiunam affectat ſubtilitatem, dum ait, prætores, vſque ad Conſtantini, præſides uſque ad Diocletiani tempora iudices de libertate dari potuiſſe: cæterùm verbis iſtis nihil aliud dicere videtur, quàm morem dandi iudices à Diocletiano in provincijs, à Conſtantino Romæ fuiſſe ſublatum, & adeò re ipſa quæſtionem propoſitam affirmat. Et ideò ſimplicius dixiſſet potuiſſe in cauſa ſtatus dari iudices: etenim ſublato in univerſum more dandi judices, nec de cauſa ſtatus potuiſſe dari cõſequitur. Duplex itaque hic quæſtio enaſcitur: an & quando fuerit ſublatus dandi judices mos: 2 an olim de cauſa ſtatus iudex dari potuerit. Accedit 3. incidẽter, an præſes potuerit cognoſcere de cauſa ſtatus Illud initio non ſatis bene, quod prætorem ita opponit præſidi, quaſi tantum in vrbe Roma prætor fuerit, cuius contrarium apparet ex *Nov. 15. 26. 29. & 104.* ſicut & ſub libera Rep. in pro-

vincias

vincias multas prætores miſſos fuiſſe conſtat. Ad primam quæſtionem pertinet *l.2 C. de pedan. iud.* ex qua præſidibus ipſarum cauſarum notio iniuncta eſt, extra quam ſi impediant occupationes *d.l.2* vel ſi cauſæ eſſent viles aut humiles *l. ult. C d t. & N. 82. cap. 5.* vt rectè notat *Cuiac. in parat. C. h. t. Scip. Gent. 2. de iuriſd c. 21.* Et hactenus perſpicua *d.l.2.* ſententia ſicut & *in verſ quod non ita:* in quo facultas dandi judicis negatur in cauſis, quæ etiam antea ad cognitionem Magiſtratuum pertinebant, ne alias juriſdictio præſidum videatur imminuta. Sed verſ. *ult. dum tamen, &c.* obſcuram planè habet ſententiã: quod aut cauſæ illæ ingenuitatis, quarum ibi fit mentio, antea poterant delegari, & pertinent ad primum membrum: aut non poterant, & pertinent ad ſecundum. Vt proinde negationem locus ille videatur deſiderare, *ſuper qua etiam non poterant ante cognoſcere*: vt ſit exceptio à primo membro quod ſcil. hæ cauſæ ſint redactæ ad inſtar earũ, quæ antè cognitionis prætoriæ erant, & in ijs nec propter occupationes liceat dare iudicem. Vix enim eſt, vt tria cauſarum genera ſtatui poſſint: aliud earum, ſuper quibus (videl. ex more judiciorum) iudex quaſi neceſſariò dãdus erat: aliud, in quibus neceſſariò ipſi magiſtratus cognoſcebant, aliud denique inter medium, ſuper quibus pro arbitrio & iudicem dare, & ipſi poterant cognoſcere. Vix etiam eſt, vt admitti poſſit explicatio *Scip. Gent. 2. iuriſd 21.* quòd præſides olim non jure præſidum, ſed jure prætorio vel proconſulari de cauſis ſtatus cognoverint: vt videlicet *h. l. 2.* jus prædum hactenus auctum ſit. & ipſi qua tales de ingenuitate cognoſcant: adeoque verba *ſuper quo poterant antea cognoſcere* aliquando eos, videlicet, iure prætoris vel procõſulis in provincias miſſos potuiſſe ſignificent. Iuvatur planè hæc explicatio ex *l. 1. C. d. ord iud.* qua de cauſa ſtatus præſidem cognoſcere non potuiſſe, non obſcurè oſtenditur, quod firmat *Plin. Epiſt 77. ad Traian.* & probat *Cui. in recitat. ad tit C. de Carb. edict.* licet in contrarium vocet, quod abſurdum videatur, ſupremum in provincia Magiſtratum cognoſcendi ea de re jus nõ habuiſſe: cum præſertim aliud in provincia non fuerit, ad quem ea res potuerit ſpectare: & omnium omninò cauſarum, quæ Romæ à varijs judicibus & Magiſtratibus expediuntur cognitio ad præſidem referatur, iſque omnium Romæ Magiſtratuum officio fungi dicatur *l. 10. 11 & 12. d. offic præſid.* Neque deeſt alias quod ad *d. l. 2. C. de ord. iurid.* reſpondeatur: vel quod intelligatur de ordinario procedẽdi more, ſecundum quẽ in cauſa ſtatus iudex dandus erat: quo ſenſu *in d. l. 2. C. d pedan iudic.* præſides de cauſis civilibus antea cognoſcere potuiſſe negantur: vel quod verba *d. l. 1. & ſi ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſit*, ad judicem à præſide, ſuper cauſa rupti teſtamenti datum referri poſſunt, cũ *Gov. 1 variar. 34* quem ſequitur *Hottoman. 6. obſerv. 6* quod ſcilicet illis verbis *adite præſidem provinciæ*, cognoſcendi neceſſitas ipſi præſidi impoſita non eſt *l. 8. & 9. de offic præſid.* vel denique: quod illa verba non arguunt defectum juriſdictionis in præſide, ſed reſpiciunt qualitatẽ judicij poſſeſſorij ibi intentati à pupillo, cui quæſtio ſtatus movebatur, qua ex dicto Carboniano in tempus pubertatis differtur: quam explicationem, ſed tamen à mente Imperatoris paulò alieniorẽ, ſuppeditat *Accurſius* & ſequuntur *Cyn. Caſtr. & alij Doct. in d. l. Cod ord iudicior.* Aliæ explicationes frigidiores ſunt, velut *Lyclama 1. memb. 16. Pac. in l. 6. C. de reb. cred. vt d. l. 1.* de Præſide alterius provinciæ accipiatur: velut de quocunque iudice, qui cauſæ præeſſe dici poteſt, explicetur, quam ibidem refert Cynus, vel illa verba, *& ſi ſuper cauſa ſtatus, &c.* per conceſſionem dicta intelligantur, relata ab eodem Cyn. & probata *Donell. 17. commen. 9* Illud quoque ferri non poteſt, vt *in d. l. 1.* legamus, *adite præſidis delegatum:* quippe qui adire non poteſt: neque illud *Anton. Fab. 17. coniect. 8.* vt verba, *accepto iudice*, textui inſerantur. Vide etiam *ad d. l. 2. C. de pedã. iudic. & ad d. l. 1 C. de ord. iudic. Don. 17. comment. 22. Longoval. de iuriſd. p. 1. c. 2. & 3. Forn. 2. ſelect. 23.* Porrò an eodem tempore Romæ & in Italia ius dandi iudices abſoluerit non ſatis in proclivi eſt: neque ex eo, quod formulæ & actiones non amplius peritæ & impetratæ *l. 1. & 2. C. de form. & impetrat.* ſatis ſolidè concludi poteſt iudices amplius ferri non potuiſſe. Neque probat hoc *l. 1. C. de off prætor.* vt maximè admittas per eam prætori iniunctum, vt ipſe de cauſa ſtatus cognoſceret, quod exiſtimant *Scip Gent. 2. de iuriſd. 21. Revard 3. var. 20.* licet nec abſurda ſit explicatio *Hottom. 6 obſ 6.* quod cùm olim cauſa ſtatus iudicij centum viralis eſſet, ea conſtitutione prætoris facta ſit propria. Quin quod in ſpecie de cauſa ſtatus *d. l. 1.* loquitur, in alijs cauſis morem antiquum obtinuiſſe concludi poſſit: quem tamen ſenſim ſublatum, eique deſuetudini ſublatum, veterem procedendi ritum cauſam dediſſe facile admittam. Supereſt poſtremum, quod ſecundo

loco propoſitum erat, an olim ſuper cauſa ſtatus iudex dari potuerit. Quod Dd communiter negant *in d. l. 1. C. de ord. iudic. & in l. 3 de iuriſd.* vbi cauſas ſtatus faciunt imperij mixti, in quibus non admittunt delegationem. Et facit *l. 32. §. 7. de arb.* quæ maiores iudices in cauſa ſtatus requirit. In contrarium faciunt quæ affert *Revard. 3. var. 10* tum ex alijs auctoribus, tum *ex l. 8. d. lib. cauſ. & l. 9. in prin. eo* quandoquidem à prætore partes ad iudicem pedaneum mitti dicebantur, qua forma loquendi vtuntur IC. *in d. l. 8 & 9* Facit *l. 7. § 1 in fin. de petit. hæred.* quod non niſi delegatus aut pedaneus iudex iuberi poteſt partibus ſuis fungi. Neque obſtabit *d. l. 32. §. 7. de arbit.* vel quòd etiam pedanei iudices cum arbitris priuatim electis collati, maiores iudices dici poſsūt, vt *Revard. diſp. 3. var. 20.* vel potius quod *in d. l. 32* non ſimplex deciſio & cognitio quæ ad iudicem pedaneū ſpectat, ſed tota tractatio cauſæ conſideratur, in quam etiam prætoris, qui aditur, formulaque data iudicem conſtituit, autoritas & cognitio verſatur: cum in arbitrios mera priuata conuentione compromittatur.

THESIS VIII.

Proponitur initio aliquid de reiectione iudicis, quod rectius tractatum fuiſſet *th. 11.* Iure veteri, de quo etiam aliquid notatum ſuprà diſp. 4. cum præſentibus partibus iudex aſſignabatur, ſtatim eum repudiare licebat: quo referri poteſt illud Plinij in panegyr. Sors & vrna iudicem aſſignat, licet exclamare, hunc nolo, hic timidus eſt. Cæterum ad rationem illam, qua etiam abſentibus partibus iudex dari poteſt, alio modo opponendi & recuſandi opus. Ordinario plane magiſtratui, exceptio ab imperitia iuris aut ætate, de quibus in præcedentibus actū eſt, non obſtabit: vt proinde non ſatis bene *lit. B* huc referatur tractatio & explicatio *l. 3. de off. prætor.* in qua de prætore agitur: cuius tamen deciſio etiam in iudice pedaneo locum habebit. quod & hic autoritate publica & perſonā a magiſtratu ſibi impoſitam gerens iudicet: ex quo reſponſio eſt *& l. 19. qui & à quibus & ad l. 44 §. h. t.* quomodo etiam *d. l. 3 poſt Dd ibi.* limitat *Iaſ. col. antepen.* qua de re etiam *Cuiac. 18. obſeru. 33. Govean. 1. variar. 7. Hottom. illuſtr. q. 17. Ant. Contius p. 1. diſp. iur. ciuil. c. 2* Qua de cauſa rectè *Iaſ. d. loc. col. 10. & 11* deciſionem *d. l. 3. off. præt.* negat habere locum in notario putatiuo, cuius ſcilicet actus nulla electio defendit, ſed ipſe ſe ingerit. Illud rectè Tr. quod Dd notat, qui *ex d. l. 3.* extruunt regulam, quod cōmunis error faciat ius, quippe quod in ea *l. & in l. 2. C. de ſentent. in l. 1. C. de teſtam. & in l. 3 ad Maced.* actus aliqui propter publicam vtilitatem favorabiliter ſuſtinentur, & hoc operatur opinio & error, vt perinde ſit, ac ſi ab homine libero actus illi celebrati fuiſſent. Specialis autem ratio eſt *l. 3 in fin. de ſupell. legat.* vbi error decidit quæſtionem, an argento contineantur candelabra argentea, ad hunc effectum, vt legatario debeantur: quam quæſtionem cū communis vſus decidat, rectè ius facere dicitur: licet reſpecta rei veritate error ſit & abuſus imperitorum, quomodo ibi legēdum eſt, nō, *imperatorū*: & ſuauiter Accurſius ibi diſputat, quomodo imperator errare poſſit, qui tamē omnia iura in ſcrinio pectoris ſui habere dicitur.

THESIS IX.

LIT. A.

Præterea ſacerdotes.] Cum præcedentibus minus rectè hæc connectuntur, quæ ad magiſtratus & iudices ordinarios pertinent: cæterum qui clerici à laico magiſtratu dati, vel vt hodie loquimur, delegati, rectè de cauſis laicorum iudicabunt: licet non facile eiuſmodi negotia ſuſcipere debeant *Argument. l. 33. C. de teſtament.*

LIT. B.

Non tamen viciſſim.] Vitioſa hæc oppoſitio eſt, quod diuerſa eſt quæſtio de iuriſdictione, & de exemptione, Plane quo minus laici à clericis magiſtratibus iudices dari poſſint, dubium non eſt verum Treut. hæc ſententia eſt, quod iure iuriſdictioni laicorū clerici ſint ſubiecti: id. oque dicendum erat, clericos non eſſe iuſtos iudices in cauſis laicorum, at bene laicos in cauſis clericorum: quod hi non cōditione ſua, ſed exemptionis iure liberi ſint ab illorum iuriſdictione: quā partim beneficio & facilitate principum, partim ambitu proprio & pontificū ſunt conſequuti: vt proinde cum pontificijs erret *Ant. Fab. in l. 38 de pact.* exemptionem illam referens ad ius divinum. Commiſcet autem Tr diverſas quæſtiones, an hodie ſint exempti clerici, de quo cōſtat, & an ſint exempti iure, de quo minimè conſtat? vide hac de re tractatus varios à doctiſſimis viris in cauſa Veneta, ante aliquot annos editos.

Itaque vice verſa.] Ait, in quibus cauſis clerici audientiam habent, nec quoad factum iudicem laicum rectè cognoſcere. Atqui ſi iure exempti non ſunt clerici, vt Tr diſputat, & audientia, quā clerici habent ipſis non tribuit iuriſdictionem, nec à iuriſdictione laicorum ipſos eximit, cōſequenter ea nec tollet laicorum iuriſdictio-

nem

nem, & ita laici, de cauſis illis omnino poterunt cognoſcere & iudicare. Et ſane ita eſt, vt ex ratione iuris noſtri audientia clericorum cum iurisdictione laicorum concurrat, neque illa ad certas cauſarum ſpecies limitata ſit, ſed hactenus Epiſcopis conceſſa, vt antequam res ad iudicium ſeculare trahatur, illi prius cauſas audiant. & pro conditione rei componant.

LIT. C.

Vnde in quibus cauſis] Ait, quod clerici in quibus locis contraria iuri pontificio invaluerit conſuetudo, ſine culpa iurisdictioni laicorum ſubmittere poſſint. Atquin aut quæritur de eo quod iuxta ſententiam Tr. ex ratione & iure ciuili obtinet, & etiam citra conſuetudinem ſeſe ſubmittere poterunt: aut de iure Canonico, & ſecundum illud conſuetudo eiuſmodi valere non poteſt, *per cap. 12. de for. comp.* & porrò cum clerici ſanctionibus pontificijs teneantur, circa culpam eiuſmodi conſuetudini ſubmittere ſe non poteruut.

LIT. D.

Per reconventionem.] Quæſtio in eo poſita videtur, an reconuentioni locus ſit, vbi eſt incompetentia iudicis: quod quidem negat *Ant. Fab. 20 coniect. 5. 6 & 7.* qui reſtringit ius reconuentionis ad cauſam, quo reconuentus aliàs priuilegio fori defenderetur Quo ſanè admiſſo ferè tolleretur ius reconuentionis: & repugnat ea ſententia textibus generalibus, & rationi, quæ ius reconuentionum ſuaſit & introduxit. iuxta *l. 2. & §. 5. & l. 22. h. tit. l. 14. C. de ſenten.* N. 96. 2. de quo *infr. diſp. 25. th ult.* Videtur hæc Tr ſententia defendi poſſe iure tacitæ prorogationis: & tamen ex hoc ipſo dubia ſit, quod clerici expreſsè prorogare non poſſunt: niſi maiorem hic dicas vim prorogationis tacitæ, & ab ipſa quodammodo lege introductæ: quæ citato loco Bart. reſponſio eſt.

THESIS X.

LIT. A.

Ait hic Tr. quod in actione reali coram iudice laico, ideo clerici forum ſortiantur, quia territorium non habeant. Quæ ratio claudicat, vbi res mobilis petitur: & inde quoque dubium habet, quod in his quoque actionibus perſona conuenitur, & ex communiſsima ſententia non tantum locus rei ſitæ, ſed etiam domicilij in realibus actionibus tribuit forum

Et clericum citatum.] Vera hæc ſententia eſt: quia clericus hic fungitur vice actoris: adeoque meritò in concurſu creditorum, & vbi de vendendis bonis agitur, per edictalem citationem ad ius ſuum deducendum & comparendū arctari poteſt: neque hic directò ſententia contra clericum fertur, ſed in genere ſuper iure creditorum Quomodo etiam dubio procul ex cauſa l. Diffamari, laicus iudex citare clericum, & ſub pœna perpetui ſilentij ad agendum coram ſe arctare poteſt

LIT. C & D.

Agit hic de prorogatione loco alieno: & quod ait vnumquemque prorogare poſſe, eo minus hic quidem defendi poteſt, quod cum præmiſſa ſint de clericis, hi tamen prorogare nō poſſunt. Illud quoque non rectè ſe habet, quod cum *lit. C.* prorogationem in expreſſam & tacitā diſtinxiſſet, tamen *lit. D* quaſi per ampliationē ſubijcit, etiam tum cenſeri prorogatam iurisdictionem, cum dilatoria exceptio ponitur: quia hæc ipſa tacitæ prorogationis eſt ſpecies. Sed videamus annon hoc ipſum falſum ſit, quod obiecta exceptione dilatoria prorogationem induci ait poſt *Couarr. pract. q. 26. nu. 1. & Ferro. male pro diſſ. allegatum.* Etenim quod poſt litem conteſtatam iudicem recuſari non poſſe dicitur, argumentum à contrario ſenſu præbet, poſſe ante litis conteſtationem, quam per obiectionem huiuſmodi exceptionis non fieri cōſtat 2. ſi per actionis edendæ petitionem, & ſatisdationis de iudicio ſiſtendo præſtationem non inducitur prorogatio *l non videtur h. t.* & per notata ſupra *diſp. 3. th. vlt. lit H* etiam & multo minus fiet prorogatio per obiectionem huius exceptionis. 3. quia exceptio dilatoria vel concernit iudicem, & nō poteſt fieri prorogatio, vel proceſſum & perſonam aduerſarij: & hæc leuior videtur, quam vt tanti momenti effectum debeat operari. Neque obſtat quod Marant mouet, exceptionē incompetentiæ debere eſſe primam, adeoque vbi alia præmiſſa eſt, illi non amplius eſſe locum: quoniam verba non ſunt cavillanda. & quod illa exceptio prima eſſe dicitur, non ita præfractè ad ſenſum Marantæ, ſed hoc ſenſu accipiendum eſt, quòd initio de competentia iudicis ſit agēdum: & verò vſque ad litem conteſtatam hanc exceptionem obijci poſſe, docet *l. 4. C. de iurisd.* Nec obſtabit *c 20. de ſent. & re iud.* tum quod ibi ſubijſſe iudicium ſignificat litem conteſtatam eſſe, tum quia agitur de exceptione ſuſpecti, qua non poteſt videri induci prorogatio. Nec obſtat *l. vlt. C. de except* quod ibi principium litis opponitur litis conteſtationi poſt quam iudex recuſari non poteſt *l. 9. C. de iurisd.* & ex illa

ipſa *l. vlt. Tr th. ſeq. lit.* B. notat, quod litis conteſtatione iudex fiat competens. Non obſtat denique *l etſi ; 2. in pr h. t.* quæ non de prorogatione, ſed de ſusceptione actionis loquitur, per litis conteſtationem, vt rectè ibidem annotauit Accurſ.

THESIS XI.

Lit. A.

Iudici opponuntur etiam alia.]Atquin de incompetentia, quam ſubijcit, iam aliquid actum eſt *th. 9. & 10.* Cæterum in vniuerſum obijcitur exceptio ſuſpicionis aut deficientis iuriſdictionis. Defectus iuriſdictionis vel eſt omnimodus, vel ratione cauſæ, perſonæ vel loci &c. de quibus latè *Vantius in cap. de nullitat. ex def. iuriſd. nu.* 33, *& ſeqq.*

Quæ omnium prima.]Intellige iuxta prædicta, vt vſque ad litem conteſtatam locum habeant *l. 4. C de iuriſdict.*

Lit. B.

Hæc exceptio fori præſcriptio.] Paulo generalius hoc accipiendum eſt, vt etiam contineatur incompetentia ratione cauſæ vel loci, &c.

Lit. C.

Illa etiam poſt.] Regulariter tamen etiam hæc ante litem conteſtatam proponenda eſt: ſed exceptiones ſunt, niſi de nouo emergat, vel iuſtè ignorata poſt demum in notitiam perueniat *Caſtr in l. apertiſſimi 16. C. h. tit. Sali. ibid. n. 1. Iaſ. col. 3. in fin. Sichard. ibid. nu. 3.*

Lit. E.

Coram ipſo recuſando.]Hoc ipſi à Tr. citati tradunt *in l. 16. & ult. C. h. t.* per *d. l. vlt.* Cum autem Tr. mox etiam ordinarium recuſari poſſe ſtatuat, ad hunc tamen conſtitutio *d. l. ult.* non pertinet: ſicut & quæ de eligendis arbitris traduntur ibid. minus recte ad iudicem ordinarium accommodari poſſe videntur: vt fortaſſis hoc caſu iudicis ordinarij ſuperior fuerit adeundus Ex ratione iuris veteris iudex præſentibus partibus addici & recuſatio eius coram prætore citra libellum fieri ſolebat.

Cauſa ſuſpicionis exprimatur.]Iure Canon. hoc liquidum eſt: ſed idem iure ciuili obtinere Tr. ſtatuit. Equidem iure antiquo in genere prætextu iniquitatis iudicem datum recuſari poſſe, ipſe à Treutl. citatus Cuiacius ſtatuit, & proinde cauſam inſerendam eſſe malè probat ex *l. 9 de liberal cauſ.* ex quo textu iure etiam veteri aliquando, v. c. vbi alias continentia cauſæ diuidatur, recuſationis rationem reddendam fuiſſe confirmatur. Cæterum hodie in ſpecie *l. 16. & ult.* expreſſione cauſæ opus non eſſe, communis eſt Legiſtarum ſententia, quam referunt & ſequuntur *Br. & Bl. in d l. 16. Zaſ ibid. n. 25. Caſtr ib. n. 7. Iaſ. col. 5. Sichard n 11. Sali. n. 6. Couar. pract. q. c. 26. n. 1.* Pro qua ſententia optime facit quod iure ciuili iuxta dd. textus iudice recuſato electi arbitri, de ipſo negotio principali, non de cauſis ſuſpicionis cognoſcunt, & tamen abſurdum eſſet cauſa expreſſa non auditi iudicem falſitatem cauſæ, oſtenſurum aut eius veritatem probandi nullam neceſſitatem alleganti imponi. Atqui iure Can. arbitri electi nō de controuerſia principali, ſed cauſis ſuſpicionis cognoſcunt *c. 11. de off iud. de leg in 6.* ex quo differentia quam omnes agnoſcunt, altera illa prior de expreſſione cauſæ dependere videtur. Secundum quæ dicemus, in libello recuſatorio, cuius mentionem facit Iuſtin. ſufficere ſimpliciter recuſationem proponi, & ad litigandum coram arbitris, & ad iurandum de calumnia ſeſe offerre. hoc enim iuramentum, quo ſuſpicio calumnioſæ recuſationis purgetur, ijdem ſupra citati Dd. requirunt.

Lit. H.

Sed & ordinarium.]Delegatum recuſari poſſe cōſtat, per nudam etiam, vt paulò ante dictum, ſuſpicionis allegationem: quo Iuſtin. veteris iuris rationem imitatus videri poteſt. De ordinario communis itidem legiſtarum ſententia eſt, recuſari eum non poſſe, ſed ſaltem peti, vt alia adiungatur, *ex Auth. ſi verò C. h t. Bal. in d. l apertiſſimi 16. eo tit. Iaſ. ibid. col. 2. Sichar. nu. 6 & ſeqq. Salic. ibid. nu. 4.* De qua etiā communi ſententia atteſtatur *Covar. pract quaſt c. 26. Zaſ in d l 16. C. h. t nu. 7.* qui tamen à communi illa opinione *n. 9.* recedit, tum ex ratione *d l. 16.* tū ex eo, quod ipſi Dd non paucas admittunt cauſas per modū exceptionis, quibus in totum iudex ordinarius recuſetur, vt eſt videre apud *Caſtren. in ſuped. l 16. C h. tit num 6. Iaſ col 2. ibid. Sich n* 8. Et ſane vt quis coram ſuſpecto iudice litigare cogatur rationi & æquitati repugnat: neque ſatis conſultum eſt parti, ſi etiam eum alio ſuſpecto iudici cauſam cognoſcere & decidere permittatur, quod conſtituit Iuſtin. *in Auth. ſi verò C. h. t.* vix enim eſt, vt locus ille de leui ſuſpicione & nuda dubitatione poſſit explicari cum *Zaſ. in d l 16. C. h. t.* Et videtur hic ſibi non ſatis conſtituiſſe Iuſtin. quippe qui in *Nou. 19 c. 2. & N. 33 cap 1.* (quæ loca ad delegatum non videntur poſſe reſtringi) in genere conſtituit, eum qui iudicem ſuſpectum dicit, poſſe alium mereri. Poterit igitur

tur & ordinarius iudex recuſari, ſed alio forte aſſis effectu & modo: vt vel cauſam mandare cogatur *ar. l. prætor de iuriſd.* quod notat etiam *Caſtr. in l 16. C. h. t nu. 6.* aut utique cauſa recuſationis exprimatur, quam quorundam ſententiā refert *Cyn. in ead l. 16. Salic. ibid. n 5.* & cauſa grauior requiratur: (quomodo contrariæ ſententiæ non difficulter poterunt conciliari) aut etiam ſuperior adeatur, & ab eo alius iudex petatur & impetretur *arg. d N 69. c. 2. & N. 53. c. 3* Facit argumentum *ex l. un C ſi qua. præd. p. t.* vbi perſonæ, cui propter affectatas nuptias præſes ſuſpectus eſt, defenſio ad ſuperiorem magiſtratum dicitur pertinere.

De hoc dubitari non debet.] Ait quod iudex recuſatus vt ſuſpectus in cauſa ſuſpicionis per arbitros electos interrogari poſſit, vt veritatē dicat, & ad reſpondendum teneri. Hoc quidem Treutler. diſſertationi etiam de iure ciuili inſtitutæ, malè ſubijcit: cum hoc iure arbitri electi de cauſa ſuſpicionis non cognoſcant. Ideoq; addendum erat, hoc ſecundum ius Canonicum proponi, quo ſanè hæc quæſtio ex quam mihi dubitandi rationem habere videtur: quod hic arbitris de ſuſpicionis cauſa cognoſcentibus, iudex quaſi partis vices ſuſtinere intelligitur. Idque etiam magis in cauſa criminali obtinere debet, licet Tr. ita loquatur, quaſi in hac maior ſit dubitandi ratio. Verum Tr aut fallaciam hic admiſit homonymiæ, aut malè cepit Teſſaurū, quia non de cauſa criminali delegata, ſed iudici obiecta loquitur: cuius ego ſententiam veram exiſtimo, vt ſi forte iudici crimen adulterij vel homicidij obiectum ſit, ipſe deſuper reſpondere non teneatur. Multo minus admittā, vt quod Tr. ſubijcit, etiam iurare teneatur: i. deſt, vt iuramento innocentiā ſuam purgare teneatur. Ad quam rem omnino frivole à Tr. poſt Teſſaur adducitur *Authen nouo iure C. de pen. iud* vbi neque de arbitris de cauſa ſuſpicionis cognoſcentibus, neque omnino de iudice recuſato agitur: ſed cū *in l. 1. C. d. t* pœnam amiſſionis cauſæ ei qui iudici aliquid dedit irrogetur, ſubijcitur ex *Nou. 124. c. 2.* eum veniam mereri, qui initio litis ſe aliquid dediſſe profeſſus fuerit, ita vt iudex conuictu gravius puniatur, alioquin iuramēto innocentiam ſuam purgare teneatur. Quod autem ſequitur tanquam per modum limitationis, nimirum ante concluſum cauſæ, & omnino obſcurè & contortè proponitur, & hactenus quidē ex Covarr hæc ſententia colligitur, ſi ſuſpicionis cauſa ante cōcluſionem in cauſa emerſerit, & poſt concluſionem demum propoſita fuerit, non audiri partem, nec remoueri iudicem, ſi tamen iuramento ſe purgaverit. Quæ ſane ita cōfuſim proponi non debeant, & in hoc quoque vitio ſunt, quod iſto caſu non ante, vt Treutler. loquitur, ſed poſt cōcluſionem iuretur. Poſtrema autem verba, *quod iudex extraiudicialiter interrogare poſſit, tam antequam poſt concluſum cauſæ* ego non ſatis aſſequor, & coniectore hic fuerit opus. Illud poſtremum addamus, ex ratione iuris ciuilis iudicem delegatum recuſatum ſententiam ab arbitris datam executioni mandare, eūque eſſe ſenſum *l vlt. ibi executore negotii cui mandata eſt cauſa examinatio imminente, &c* quod recte ſtatuunt *Bart. & Bald in d. l. ult & Salicet ibid. in ſummar.* & male *Iaſ ibid col. 3.* neſcio quos executores ſpeciales comminiſcitur: & ratio eius contra explicationem Bartoli falſo nititur fundamento, quod delegatus ab alio quam principe, ſententiam exequi non poſſit: de quo actum ſupra diſp. 3.

THESIS XII.

LIT. A.

Ait clauſulam principis, remota recuſatione, tantum intelligi de cauſis frivolis & levibus: quod etiam poſt *Gl. tradit Iaſ. in l. apertiſſimi 16. C h t. col. 4 & ex Spec. Zaſ ibid. nu. 21.* Sed dubium facit, quod Tr. h. præced. cauſas excuſationis exprimendas eſſe tradit, & lit B hac th. ex quibus cauſis teſtis ſuſpectus arguitur, quas iuſtas & non frivolas eſſe oportet etiam, iudicem recuſari docet. Secundum quam ſententiam, cum in cuiuſvis iudicis recuſatione iuſtas cauſas allegare oportet, efficietur, vt ſi clauſula iſta principis tantum de frivolis cauſis accipitur, ea vtpote nihil operans præter ius commune, ſupervacua & inutilis ſit futura. Quod licet abſurdū videri poſſit, ei tamē non obſtat ratio Gail quòd ſi princeps poſſit delegare remota appellatione, etiam & multò magis poſſit remota recuſatione quoniā licet hoc aliquo reſpectu minus ſit, hoc tamē intuitu magis eſt, quod cum in dubio pro ſententia magiſtratus præſumatur, ex adverſo contra iudicem ſuſpectum, quod ille partem litigantem gravaturus ſit, præſumitur, & cogi litigare coram tali judice, per quam grave & durum eſt. Porrò admiſſa Dd ſententia ſupra relata, quod iure civili regulariter cauſa ſuſpicionis exprimenda non ſit, hæc res ita expediri poterit, vt adiecta iſta clauſula, non amplius ſufficiat ſimplex recuſatio, ſed cauſas eius eaſque relevantes proponere oporteat.

LIT. B. & C.

Cauſa multa ſunt.] Vide eas etiam enumeratas à *Iaſon & Sichard in l.16.C.h.t.*

Ea quæ ulterius geruntur.] Ait acta à iudice poſt recuſationem propoſitam ipſo iure eſſe nulla. Sed intereſſe videri poſſit, an cauſa ſuſpitionis proponatur ante, an poſt litis conteſtationem: quod hæc obiectio ſit quaſi irregularis & extraordinaria: cæteroquin ante vera videtur Tr. ſententiæ cum hanc formam recuſationi lex dederit, vt ſtatim recuſatione propoſita arbitri eligantur, qui de ipſo negotio principali cognoſcant, vt adeo ſtatim ſuſpenſo iudicis officio *Salicet. in l.16.C.h.t.n.2.* meritò quæ poſtea à iudice fiunt pro ipſo iure nullis ſint habenda: quam communē ſcribentiū opinionem tradit *Vant. in c. de nullit. ex defect. iuriſd nu.*140. Videatur etiam hic diſtingui poſſe inter ius civile & canonicū: quod hoc poſt recuſationem non deſinat eſſe iudex, niſi poſtquam arbitri iuſtam ſuſpicionis cauſam eſſe pronunciaverint: quæ videtur ſententia *Caſtr. in d l 16 C.h.t n.4.*

THESIS XIII.

LIT. A.

Prius criminales quam civiles.] Nimirum aut utraque proponitur ab actore, & in eius electione eſt, vtram prius velit exequi, cum una alterā non conſumat. *l. un. C. quando civilis actio crim.* aut controverſiæ civili mota, infertur quæſtio criminalis ab adverſario: & hoc vel per modum excipiendi, & utraque cauſa ſimul deciditur, *l. pen. C. de ord. iudic.* aut per modū accuſandi, civilis interim ſilere debet, criminali prælata, (niſi civilis ſit præiudicialis *l. quoniam 26. C de adult.*) etiamſi criminalis ex diverſa cauſa deſcendat, & quæ civilem non abſorbeat, quam frequētiorem ſentētiam teſtatur *Salic. in l. ult C. d t.* nimirum propter dignitatem & gravitatem cauſarū criminalium quamobrem inter plures cauſas criminales præfertur gravior, de quo pluribus *Gloſſ. Salic. & alij Dd. in d l. ult. & in l. 1. C. de his qui accuſ non poſſunt* Sed objicitur hic, quod prius expedienda dicitur cauſa poſſeſſionis, quā cauſa criminis ex l. Iulia *l ſi quis C. de vi publica & l 1. C. de app* Sed ſpecialis hic eſt ratio quòd non niſi cognita prius quæſtione ſuper poſſeſſione conſtare poteſt quis crimen violentiæ commiſerit: quod ſatis perſpicuè docet *d. l ſi quis*, vt videl. primò cognoſcatur quis vim adhibuerit, & poſſeſſionis iura reſtituantur, & tū contra violentū invaſorem criminaliter procedatur. Verum, vt hoc ad Janus, adverſus *d l. ſi quis*, objicitur *l 37. h.t & l 5 §.1. de vi pub. Cuiac. 5. obſ 15. & Hott. illuſt q.31. in fin.* pugnantes hic imperatorum cōſtitutiones agnoſcunt. Aliter & laborioſè hos textus cōponere nititur *Alberic. Gent. 2. Epiſt. 12.* Siquidem concilianda iſta loca ſunt, ex ſimpliciſſima *Accurſii Salic & Dd. in d l. 37 h.t. & in l 1. C. de appe.* ſentētia, quòd *in d l. 37. & in l 3 de vi publ.* dicitur, non ad ordinē criminalis & civilis actionis, ſed iudicii poſſeſſorii & petitorii referendū eſt: & rectè dicitur de vi cognoſci, vbi ex cauſa interdicti vnde vi poſſeſſoriū recuperādæ inſtitutum eſt: neque novum eſt, vt verbum poſſeſſionis ipſam rem petitam, & conſequenter proprietatem deſignet: de quo caſu etiam rectè explicari poteſt *d l. 1. C. de appel.* vt in ea verba, *& ita* non iudicium aliquod ſequens, ſed ipſū cuius in p[r]imentio facta erat, denotent, & hoc ipſum innuant, prius de poſſeſſione, quā de proprietate cognoſcendum & pronunciandū eſſe: quomodo illum locū accipit *Don. in l. 3 C. de interd.* eamque olim lecturam & interpretationē fuiſſe Petri teſtatur *Salic in d. l. 1. C. de app.* Poſſit etiam diſtingui inter poſſeſſoriū recuperandæ, plenarium, & vt loquuntur momenti, in euiuſmodi poſſeſſorio etiam vincit prædo: ſecundum quod hæc erit ſententia *d. l. 37. h.t.* prius de violentia cognoſcendum, & videlicet ſpoliatum ante omnia reſtituendum eſſe.

LIT. B.

Poſſeſſionis quam proprietatis.] Conſequitur hoc ex iam dictis & probatur *ex d l. 3. C. de interd. l 13. C. de rei vind.* & ſuadet ratio iudiciorum, vt quis petitoris onere, quis commodo poſſeſſionis frui debeat conſtare poſſit; in quam ſententiā pluribus diſputat *Don in d. l 3. C. de interd.* olim fuit Joh. & Azon. teſte *Salic. in d. l. 3. vbi n 3* eorū refert reſponſiones ad *l. eum fundū. §. 1. de vi armata*, vel quod ibi fuerit petitorio renunciatū, vel quod fuerit dilatū & ſuſpenſum, vel quod aliud ſit pendente petitorio, tranſire ad poſſeſſorium, aliud inverſa ratione pendente poſſeſſorio, petitorio experiri: ex quibus illud rectè fit ex ratione *l. 24. de rei vind.* & per imprudentiam vel ignorantiam qui occupavit agere petitorio, nō debet protinus à poſſeſſorio excludi *l. 12. §. 1. de acq. poſſ* Hoc autem rectè non fit, quippe contra regulas iuris quæ poſſeſſionis cauſam prius decidi volunt: idq; nimirū eſt quòd Tr. ait *lit.* D. pendente poſſeſſorio petitorio agi non poſſe, vt videlicet hoc fiat per modū cumulationis. cæterum ſi quis, dum animadvertit in petitorio rectius ſe fundatum eſſe, poſſeſſorio renunciare,

& ad

& ad cauſam proprietatis trāſitum facere velit, non dubitem ipſi hoc concedendum eſſe, Sed vt ad ipſam quæſtionem de cōcurſu aut prælatione horum iudiciorum redeamus, quæ tractatur hac *th.13.lit.B.& D.* tres ſunt opiniones, relatæ à Dd. & præcipuè *Salic in d.l 3.C.de interdict.* Prima quod hæc iudicia ſimul quidem proponi poſſint, ſed non ſimul ſuper eis cognoſci Verũ, vt rectè Sal.*n.*8 cũ hic diſputetur de cumulatione non imaginaria, & fruſtranea, ſed quæ fiat ad effectũ cognoſcendi & pronuntiandi, hæc ſententia ineptã facit quæſtionẽ Secunda quod vtrumque ſimul proponi & de vtroque cognoſci poſſit; quã Acc. ſententiã communis ſequuntur Dd & prolixè *Salic in d.l 3, C.de interd. Bart.in l.* 12.*§.1.de acq.poſſ* Et hoc quidẽ in poſſeſſorio recuperãdæ & adipiſcendæ, ſimpliciter, in poſſeſſorio retinendæ, ratione diverſarum poſſeſſionis ſpecierum, quæ circa eandem quoque tem apud duos eſſe poſſint quòd ita tradunt *Bart in d l.3.C.de interd.& ib.Salic nu* 6 quod poſterius tamen videtur commentitiũ, vel quia repugnat ſententiæ *Pauli in l 3.§.5.de acq.poſſeſ.* vel quia quatenus petitor alterũ pro poſſeſſore agnoſcit, eo reſpectu ipſe poſſeſſoris vices non habet. Tertia ſententia ut paulò ante relatũ fuit Iohan. & Azonis, iudicia hæc duo nullo modo cumulari poſſe. Et ſanè cumulationi illi præter textus ante citatos, hæc quoq; ratio obſtat, quod aut pronuntiatur pro actore, & nulla poſſeſſori utilitas eſſe poteſt cum ex ſententia ſuper petitorio lata pleniſſima reſtitutio fieri debeat, illa autem remedia demũ vere cumulari dicantur ex quorum utroque aliquid cōſequimur: aut pronuntiatur pro reo, & fruſtra quæritur de effectu cumulationis: aut amiſſio poſſeſſorio rectâ ſuper dominio & petitorio pronuntiatur, & præterquam, ꝙ hic iniuria fit poſſidenti *arg l.1.C.de appell* hic quoq. ut in primo caſu inutile poſſeſſorium eſt: aut denique ſuper vtroque hinc pro actore hinc pro reo pronuntiatur, & exit forma ſententiæ, non immerito irriſa à *Den in l 3.C.de interd* quæ proponitur *in c.cum dilectus 6 de cauſ.poſſeſſ* Placet igitur cum Tr & Ioh. & Azon. Vbi hoc notandũ, cumulationẽ & concurſum actionũ ex ratione iuris noſtri diverſimodè ſe habere. Aliquando enim actionũ, quę, vt loquuntur, cumulative concurrunt, ita ut una alteram non conſumat, ea cumulandi ratio eſt, vt vtraque ſimul & eodem tempore liceat experiri: aliquando verò licet una alteram non conſumat, ſi tamen inter eas ordo, ita ut non ſimul, ſed ſucceſſivè una poſt aliam concedatur, adeoque pendẽte una altera interim inhibeatur: & hoc duplici, quæ iam occurrit ratione, tum propter præiudicium, tum propter iudicii conſtitutionem & ipſam procedendi rationem. Ita concurrunt condictio furtiva & actio furti, ſed hac pendente illa denegabitur, ne huic præiudicium fiat, eodem modo concurrunt vindicatio fundi, & ſervitutis, ſed illa pendente, hæc interim denegatur, *l fundum 16.de excep* Eodẽ modo dici poteſt, cõcurrere petitoriũ & poſſeſſoriũ, ſed hoc pendente illud inhiberi: quod ad conſtitutionẽ petitorii iudicii, prius poſſeſſoriũ definitũ eſſe oportеat Ex quibus colligitur errare Dd vulgò dum negant cumulationem actionum ita ſe habentium, vt abſolutoria in una pariat exceptionem rei iudicatæ in alia *Salic in l.edita C.de edendo Bart.in d.l.3.C de interd. Decian.reſp.26.vol.5. Bern. Greven. ad Gail.l.1.concl 63 nu.3 & ſeqq.* Neque enim caſus tantum abſolutionis, ſed etiam condemnationis conſiderandus eſt, & illæ quoque actiones rectè cumulari dicuntur, vbi ex utraque reus ſucceſſivè condemnari poteſt: quod accidit in actione furti & condictione furtiva: cum tamen abſolutio in illa regulariter pariat exceptionem rei iudicatæ in hac.

LIT. C.

Præiudiciales quam hæreditatis.] Equidem illæ actiones nõ tantum hæreditarijs, ſed aliis quoque controverſijs faciunt præiudicium. Sed & nihil huc pertinet citata *l.1. C.de ord.* quæ eſt de quæſtione ſtatus incidenti. Cuius occaſione quæſtionem aliis ab hoc loco alienam proponit Tr. an de cauſa incidenti iudex debeat pronuntiare: quæ tractatur à Dd.*in d.l.1.C de ord iud.* & ex horum numero prolixè ab *Odofred.Cyn.& Salic.* Diſtinguunt Dd. hic cauſas incidentes quæ iudicio cæpto ſunt antiquiores: & emergentes quæ de novo cæpto iudicio ſuperveniunt: ita in ſpecie docendi cauſa appellatas: quod alias & hæ incidentes & vice verſa dici poſſint: vt non neceſſaria & fortè inepta ſit defẽſio *Salic n* 11. dici incidentes, ſecunda producta, quod planè incidant, præcidant, & perimant proceſſum & iudicium: ſicut & ibid. nimis ſuperſtitioſè cauſas incidentes & emergẽtes definire & diſtinguere videtur. Sequor ſimplicem *Caſtr in d lib.1.* ſentẽtiam & diſtinctionem: inter cauſas incidentes, quæ perimunt negotiũ ſuper quibus non ſit neceſſe pronuntiare licet pronuntiatia iudice poſſit (quomodo quidem in ſpecie *l intra 39. de minor.* non neceſſe fuiſſe de ætate pronuntiare,

ſed

ſed ſimpliciter ſuper reſtituendo eo vel nō, ſententiam ferri potuiſſe exiſtimo:) & inter cauſas emergentes, quæ concernunt proceſſum, quæ cum utique decidendæ ſint, nec tangant articulum cauſæ principalis, conſequenter iu ſententia definitiva contineri non poſſunt. Si tamen non pronuntiaverit, proceſſum in vlterioribus non eſſe ipſo iure nullum, frequentius concludunt *Dd ind.l.1 Cod de ord.iud.* quod ſcil. iudex porrò procedendo, exceptionem tacitè inhabilem iudicaſſe, & improbaſſe intelligatur: licet hinc exceptionem, quæ nullitatem iuriſdictionis concernit, excipiat Caſtr. Illa alia quæſtio eſt, an pronuntiatio ſuper incidenti pariat præiudicium ita ut illud punctum non amplius moveri & in iudicium deduci poſſit; de qua videndi ſunt *Dd.cit.in d.l.1.C.de ord.iud.* videtur autem duplici diſtinctione decidi poſſe: an incidens rectà an obliquè ſaltem concernat principale: & an iudex ſuper incidenti illo etiam principaliter cognoſcendi ius habeat nec ne.

THESIS XIV.

Lit. B.

Ait iudicem debere certæ rei ſententiam ferre, alioquin litem facere ſuam. Ego verò ob hoc ſolum quod incerta ſententia lata eſt, litem ſuā iudicem facere, numquam crediderim: ſiquidē certi juris eſt, eum demum litem ſuam facere, qui perperam iudicat, & iniquam ſententiam contrarius partis dixit: & ideo litem ſuam facere dicitur quia cauſam eius ſecundum quem iudicavit, ſuſcipere, & quaſi ſuam defendere cogitur, vt notant *interp ad pr. Inſt.de oblig.quæ quaſi ex del.*

Lit. C.& D.

Et quidem imprudentia.] Hæc ita connectit, tanquam in eo ipſo iudice, qui ſententiam incertam tulit, locum haberent. Verum pertinent ad quæſtionem in th qua pœna iudex qui litem ſuam fecit tenetur. Quod autem imprudentia lapſum pœnam arbitrariam ſuſtinere dicit, nec probatur ex textibus *lit.C.* notatis, in quibus agitur de iudice doloſo, & in verbis, *arbitraria pœna*, homonymia latet quæ explicanda eſt ex *pr.Inſt.de obl.quaſi ex delicto & ex l.ult.de extraord. cog.* vbi dicitur, quòd iudex imprudentia lapſus teneatur in quantum æquum videbitur religioni, & ita arbitrio, iudicantis: cæteroquin arbitraria pœna criminalem ſignificat, de qua agit Treut. *lit D.* Vbi hoc peccat, quod omittit pœnam, quæ eiuſmodi judicii infligitur ex actione civili famoſa, id eſt ut cum damno famæ litis æſtimationem ſolidam præſtare teneatur, quòd ſc. traditur *in l.2 C.de pœn.iud.&c.* in qua de pœna criminali ad quam malè adducitur à Treut. nullum verbum: licet aliquādo ex cauſa, quemadmodum ex aliis quibuſcunque maleficiis extra ordinem criminaliter talem iudicem puniri poſſe non negaverim. Nam quod *Bart citat.* adducit de L. Iulia repetundarum, paulò alienius eſt, neque ad iudicem datum, ſed magiſtratum iuſtitiæ nundinatorem pertinet. Et hic igitur iudex propriè litem ſuam facere dicitur §.1.*h.t.* verbis autem generalius aliquando ſumptis, etiam hic, qui per imprudentiam iudicavit, quatenus ob litem malè deciſam parti læſæ actioni ex quaſi delicto conventus aliquid præſtare tenetur *de pr.inſt de obl quaſi ex delicto & l fin de extraord. cogn.* Neque obſtat quòd ex imperitia peccans ex vero delicto videtur obligari §. *imper.7.Inſt.ad l. Aquil.* quoniam alia ratio eſt eorum qui operam ſuam artis peritiam profitēdo ultro offerre intelliguntur: quam rationem differentiæ notat *Ang.& Ioh.Fab.ad d pr Inſt* ci autem quod *in l.15 §.1.h.tit* iudex pretio corruptus litem ſuam facere dicitur, magis obſtare videtur, quod *in l.venales.9.C quando provoc non eſt nec.* ſententia eiuſmodi dicitur ipſo iure eſſe nulla: etenim ſalvo iure & actione principali, adeoque parte revera non læſa, & cum nemo bis idem conſequi debeat, litis in iudicem transferendæ ſufficiens ratio non videtur, quod movet *Gl in d l.fi de extraord.cog.* Niſi reſpondeas, quod iudex litem ſuam faciat quoad expenſas litis & alia damna: quæ ſententia eſt *Bar.in d.l.fi.q.9.n.20.* vel quod in pœnam iudicis hoc introductum ſit, vt quoad ipſius præiudicium, & actio contra ipſum fundari poſſit, ſententia pro valida habeatur: quod videtur probare *Ang.ad d pr Inſt.de obl.ex quaſi del.& Salic.in d l 9 C.quando prov.nō eſt nec* neque abſurdum ſit actionem contra iudicem, cū actione principali cōcurrere. Quamvis etiam videri poſſit, aliquid novi conſtitutum ab Impp.*in d.l.9 vel eo arg quod in d.l 15.§.1.h.t.* Idem ius ſtatuitur de ſententia lata ob acceptum precium, & per gratiam: quæ tamen jure videtur ſubſiſtere *arg. l.65. §. cum prætor ad Treb.* per quam *l Cyn.in d.l venales* inter ſententiam pretio accepto, & ex gratia latam diſtinguit: licet aliàs dici etiam poſſit quod comparatio *in d l.15.* ſit accipienda ſecundum quid, neque ibi, ſi vt nec *in l.2.C de pœn.iud.* de validitate ſententiæ diſputari. Tentari etiam poſſit interesse, an iudici pretium, ob hoc ipſum, vt ſententia

tentia pro ſe feratur, an ſimpliciter honorarium quis dederit: itemque de gratia, an pars hoc ipſum, vt pro ſe ſententia ferretur, precibus impetraverit, an judex aliàs motu proprio amicitia ductus pronunciaverit.

LIT. E & F.

Proponitur hic vexata quæſtio, an judex ſecundum acta & probata, an ſecundum conſciẽtiam judicare debeat: de qua illud uſurpari poteſt, pulchram eſſe quæſtionem, ſed de rarò cõtingentibus quod difficulter contingere poſſit, vt vera ſcientia judicis, cū teſtimoniis & inſtrumentis, quibus nihil obijci poſt, pugnet. Ait autem Tr. nunquam judicandum eſſe contra conſcientiam, nunquam contra acta & probata, ſecundum conſcientiam tum demum, ſi appellari non poſſit. In quibus verbis contradictio aliqua ineſſe videtur: quia cum controverſiæ huic tum demum locus ſit, vbi acta & probata cum ſcientia pugnant, ſiquidem ſecundum conſcientiam judicari poteſt, vbi non poteſt appellari, aliquādo contra acta & probata judicari poſſe cõſequitur. Deinde ex illa oppoſitione ſequitur, quod in tali caſu judex inferior nequeat judicare: adeoque explicandum erat quænā partes hic eſſent judicis: quæ ſc. nullæ aliæ eſſe poſſunt, quā ut officium judicis deponat: & teſtis in ſe ſuſcipiat, quod remediū videtur probare, Tr *inſ p. 2. diſp 4. th. 9. lit. D.* Verum ſi ponas iudicẽ iudicare debere, exiſtit conflictus duarum opinionū: dū alij illud quod in facto judex ſcit, & ita conſciẽtiam: alij id quod probatū eſt in iudicio, ſequendum putant: quæ communis eſt Dd ſentẽtia, ꝙ ſcil. judex hoc noverit non tanquam judex, ſed tanquam privatus ut not. *in l. illicitas §. veritas de off præſ. Cyn. & Sich in l. 1. C. ut quæ deſ. advo. part. &c. & Bald. in d. §. veritas*, conſcientiam non rei ſed dicti ſequendam ait. Et verò iudex qui neglecta fide actorum ſecundum ſcientiam privatam judicat, nunquam evitabit, quin injuſtam ſententiam dixiſſe credatur: quod prætenſam ſuam ſcientiam nulli perſuaſurus, & nemo non teſtib⁹ omni exceptione maioribus potius, quā nudæ atteſtationi judicis de ſcientia ſua, fidem ſit habiturus. Neq; obſtant huic ſententiæ, quæ ab ijs, quos citat Tr. & ſatis prolixè adducuntur *ab Alb. Gent. lib. 2 epiſt. 13.* ſcil. quod acta ſint inducta ad veritatem eruendam, ideoque non debeant operari contrarium Reſp. non operari cõtrarium, & peti hic principium: quoniā illud potius verum præſumimus. quòd v. c: teſtibus probatum eſt, quam quod nudè affirmat iudex, hoc ipſo non tam iudicis, quā teſtis rationẽ habens. II. obijcitur quod cū judex ſit miniſter iuſtitiæ & Dei, vtique debeat judicare ſecundū veritatem R. idem hic eſſe vitium, & verum illud reputari, quod in iudicio probatum eſt. Et omnino rectè contra Tr. in pr. lit. G. duplex hic ſtatuitur veritas, alia in rebus ipſis, nobis ſæpe occulta, alia in Actis, veritas iudicialis, quoniam verum habetur in iudicio, quicquid legitimis modis oſtenſum eſt: vnde regula iuris, quod res iudicata pro veritate habetur, idque convenit legi divinæ, ſecundū quā in ore duorum vel triū teſtium ſtat omne verū. Et nõ ſemel evenit ut judex reū falſis probationibus oppreſſum, citra ullū iniuſtitiam condemnet: quòd manifeſtū eſt illuſtri exemplo Suſannæ, quæ revera non adultera, adulterij tamẽ legitimè cõvicta & damnata fuit. Planè ſi in Idea eiuſmodi iudicẽ proponas, quẽ donis vel gratia incorruptum, nulli vnquā affectus à recto deflectant, facilè huic ex libero arbitrio & ſcientia ſua iudicādi permiſerim facultatem. Verum ob huiuſmodi hominū raritatem periculoſum eſt, ea licentia inſtruere iudicẽ: ne anſa detur perverſis iudicibus iniuſtas ſententias, prætextu & colore ſcientiæ & conſcientiæ ſuæ excuſandi & defendendi. Objicitur III. ꝙ vt Tr. hic ait probationes non poſſint eſſe ſufficientes. R. Hoc falſum eſſe quoniā hic nõ hanc vel illam iudicis perſonam, ſed iudicẽ abſolutè tanquā perſonam publicā, cõſideramus, & illud probatū dicimus, quod ex maioribus & legibus judiciorū iudicẽ oportet ſequi, cuius naturā nõ mutabit, quod hic fortè iudex eſt: & quod probatum eſſet Titio judici, non debet exiſtimari non probatū, eò quod Caius iudex aliter credit: & rectè *VVeſemb in part d. probat nu* 10. veras, inquit, probationes hic accipimus, quas leges pro veris & legitimis habent: neque iudicis eſt fidẽ inſtrumenti publici, & triū fortè teſtiū, quibus nihil obijci poteſt obtentu ſcientiæ ſuæ elevare & contemnere Proinde falſum habẽdum eſt, ꝙ *d. lit.* E ait Tr. verā conſcientiā cum veris probationibus nunquam poſſe pugnare: (quomodo quidem hęc diſputatio nullius momenti futura eſſet) neque minus falſum illud, quod *p. 2. diſp. 4. th. 9. lit. A.* ſcribit, fidẽ actorum omninò à iudicis arbitrio pendere. Pro quo non facit. IV. *l. 3. §. 2. de teſtib.* iudicis enim arbitrio in examinãda fide & ſinceritate teſtium & aliarū probationum: multa quidem commiſſa ſunt, verum ubi nihil eſt quod illis opponi poteſt, ſolam iudicis authoritatem & nudam aſſertionem ad fidem

illis derogandam ſufficere concedendũ non eſt. Movetur V. à Tr. *d p. 2.* quod iudex notorij etiã non allegati poſſit & debebat habere rationẽ. R. abſurdè hic proponi notorium eſſe, quod judex ſolus ſcit, aut ſe ſcire prætendit: cum in illa propoſitione notoriũ intelligatur, quod liquidum, & apud omnes ferè conſtat, & in evidentia quadam rei factive conſiſtit. Fruſtra autẽ affertur *l. 79. d. iud.* quæ hoc ſaltem probat, multa in quæſtione facti arbitrio iudicum permitti: & ꝙ in ea ſpecie præſes ſuper facto conſulitur, de eo iudicẽ incertũ fuiſſe ſatis evincit. Deniq; *in Auth. hodie C. h. tit* æquius melius minimè opponitur actis & probatis: in hoc tamen vitioſè illa Auth. concepta & conſtitutioni *l. 14. in pr. C. h. t.* ſubiecta eſt, quaſi hodie judices ſecundum leges judicare nõ tenerentur: cum Nov ex qua illa auth. deſumpta eſt loquatur de magiſtratibus, quibus integræ provinciæ adminiſtratio commiſſa eſt. Vtcunq; autẽ hæc ita ſe habeant, minimè tamen ſuaſerim iudici cõtra conſcientiam ſuam judicare, & vix verum crediderim, quod ſcribit *Cyn. in l 1 in fi. C. vt quæ deſunt advocatis*, in foro poli etiam excuſatum eſſe, qui ſecundum acta & probata, eũ quem ſcit eſſe innocentẽ, condemnat. Ideoque hic rectius fecerit judex, ſi abſtineat iudicio, & teſtimonio ſuo partem adiuvet: quod licet ſingularis ſit, tamen & autoritate & circumſtantiarũ explicatione iudicem movere poſſit, cum aliàs poſt ſententiam à ſe latam teſtimonium eius nullius ſit futurum momenti. Rectè etiam fecerit, ſi rem deferat ad ſuperiorem, qui vel autoritate ſua rem componat, vel rem differat, dum veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat. Quod poſterius cautius fortaſſis judex ſupremus, ſi coram ipſo cauſa vẽtiletur, obſervabit, quam ut contra probata in judicando nudam conſcientiam ſequatur, quã poteſtatem ipſi facit *Tr. poſt Cyn. & Sichard. in d. l. 1. in fi C. vt quæ deſunt advocatis.*

Veram conſcientiam intelligo.] Ait ſe intelligere conſcientiam publicam legiſque munitam. Quod quale ſit, aut non intelligo, aut hæc ſententiam contrarium ſibi Trm, & ineptam facit hanc quæſtionem. Equidem Dd per ſcientiam & conſcientiam publicam & legibus munitam, eam ſcientiam intelligunt, quæ ex actis probatis provenit: cæterum cum actis & probatis in hac materia ſcientia & conſcientia iudicis opponitur hæc publica & legibus munita citra contradictionis implicationem, appellari non poteſt.

Alias enim magis, &c.] Hæc quæ ſequuntur non rectè ſubijciuntur ei caſui quo nõ eſt locus appellationi, ſed eo pertinent, quod judex non ſatis benè conſulturus ſit parti innocenti (& tamen etiam de parte nocente quæſtio hæc incedere poteſt) ſi eam cõtra acta & probata ſecundum conſcientiam abſolvat: quod iudex appellationis, cuius eadem ſcientia non ſit, actorum fidem potius ſit ſecuturus.

Principem poſſe iudicare.] Ità accipiendum eſt, quod in th. proponit, ſi à ſententia appellari nequeat: quod appellationi & pacto renunciari poſſit. & aliis quoque caſibus ei locus non ſit, ad quos hæc deciſio non rectè accommodaretur.

Qua ratione rectiſſimè, &c.]Si verba ſequimur, hoc dicit Tr. inferiorem judicem ſecundum acta & probata, principem ſecundum conſcientiam iudicare debere Hoc verò nec ſimpliciter admittendum eſt, & pugnat cum iis, quæ in *th. lit.* E. proponuntur. Neque intelligo, quo ſenſu hæc à Dd. divelli dicat, à quibus hoc de iudice inferiori quæritur, & principem ſupremum ſecundum conſcientiam neglectis actis judicare conceditur.

THESIS XV.

Lit. B.

Non item prorogari.]Equidem utilitatis publicæ cauſa triennium hoc introductum videtur: non tamen dubito vel præcipuè conſideratum favorem partium, ne nimis diu extrahantur: vt fortaſſis probabiliter defendi poſſit, partibus non urgentibus nec inſtantibus hoc triennium produci poſſe; *arg. l. 13 §. & ſiquidem 2. C. h. t.* ibi, *parte fugiente actoris abſentiam incuſante.*

Lit. C.

Proponitur hic, quod vulgò ob omnibus liquidiſſimũ habetur partibus non citatis ad audiendam ſententiam, hanc ipſo jure eſſe nullã. Quæ opinio dubia redditur. 1 quod ad ſingulos actus judiciales non videtur neceſſario citatio. 2. per textum *in l. 1. § ult. quando appellandum.* vbi dicitur ſi contra abſentem pronunciatum ſit, biduum ei currere à die ſcientiæ: quod ſanè de citato & contumaciter non comparente accipi nequit, cum à die ſcientiæ demum currat tempus: ſed & cui citatio inſinuata non eſt, & ita citationem factam ignorat, pro citato haberi non poteſt. 3. per *l. 1 C quom. & quan. iudex.* quæ etiam contra abſentes ſolitum fuiſſe pronunciari probat. 4. ex *l ult. C. eod tit.* ex qua oſtenditur ſufficere, quod lis inter præſentes fuerit inchoa-

ca-

ta; neque ſine divinatione citationem ad audiē-
dam ſententiam præceſſiſſe, præſupponi poteſt,
quod præſertim aliàs nulla eſſet ratio dubitan-
di, & fruſtra Imp. cum præſente litem inchoa-
tam, ſufficere reſcripſiſſet. *§ ex l. 4. C. d. proc.* ubi
dicitur ei contra quem abſentem iudicatum eſt
reſtitui cauſæ defenſionem: adeoque ſententia
non fuit ipſo iure nulla licet ibi ſpecialis ſit ca-
ſus, quo omnia abſente marito in iudicio tra-
ctata fuerunt. 6. optimè facit *l ult. C ſi per vim.* v-
bi reſcriptum eſt, ab abſente, nec imperiali re-
ſcripto poſſeſſionem auferri debere, quoniam
merita cauſarum partium aſſertione pandātur.
Qui ſcil. locus docet neceſſitatem citādi partes
inde eſſe, vt merita cauſæ cognoſcātur: quæ ra-
tio cum ceſſat, vbi partes ſatis auditæ ſunt, & in
cauſa concluſum eſt, conſequenter citatione o-
pus nō erit Et hinc commodè explicantur tex-
tus *in l. 47. de re iud. l. 1. §. 3 quæ ſententiæ ſine appel.
l 7. C. quom. & quā iudex*, quod ſc. præſentes op-
ponantur iis qui nunquam fuerunt in iudicio,
quorū intereſt. quia de cauſa ſententia lata con-
tra hæredes nō nocet legatariis *l. 14 in fin de ap-
pell.* (in quibus terminis ſatis diſertè loquitur *l.
29 § ult. d. minorib.*) vel his qui poſt litem conte-
ſtatam ſtatim abſentes aut planè non aut nō ſa-
tis auditi fuerunt, ad quos cōtumaces efficien-
dos trina citatione vel edicto peremptorio opus
eſt, quo pertinet *l. 8. & 9. C. quom. & quando iu-
dex.* Sed iterum pro communi ſententia movet,
tū quod ex ratione iuris veteris in ſingulis acti-
bus iudicialibus voce præconis partes citari ſo-
lebant: tum textus *l. 27. §. 4 d. recept. arbitr.* vbi
non niſi ex pacto jus eſt arbitro pronuntiare al-
terutro abſente. Neque difficilis reſponſio eſt
ad l. ult. C quom & quan iudex quod ibi hoc quæ-
ri intelligatur, an omninò ſententia contra ab-
ſentē ferri potuerit, quod rectè affirmatur mo-
dò inter præſentes & ita rectè lis fuerit ſuſcep-
ta: quoniam deficiente litis cōteſtatione ex ra-
tione iuris ad ſententiam perveniri non poteſt,
ſed aliis remediis contra latitantem & tergiver-
ſantem ſuccurſum eſt Dicemus igitur in hoc ca-
ſu ubi de audienda ſententia agitur, non trina
denuntiatione & edicto peremptorio opus eſ-
ſe, ſed ſufficere ſimplicem citationem & admo-
nitionem ex *l. 1. C. quom. & quan. iudex* (in quo
errat *Tr. p. 2. diſp. 23. theſ. 3. lit I.*) quoniam non ad
eum finem ut aliquid à parte proponatur, ſed ut
ſententia concepta audiatur, fit citatio Adeo-
que quatenus illi contumaces dicuntur, qui ter-
tio evocati ſeſe non ſiſtunt, ſententiam etiam
contra abſentem citatum, & eum tamen non
contumacem pronuntiari poſſe.

In Camera ſatis eſt partes ſemel.] Cur in Camera
ſufficiat citatio ad totam cauſam, hāc rationem
reddit Treut. quod citatio Imperatoris habeat
vim peremptorii: Atquin hæc ipſa aſſertio li-
quida fortaſſis ſatis nō eſt: vel quo trina illa ci-
tatio requiritur ad effectum, vt quis in vera cō-
tumacia conſtituatur, quod nō variatur ex per-
ſona citantis, vel etiā quod de Imperatoris men-
te, an illam ſimplicē citationē vim peremptorii
habere velit non ſatis conſtare poteſt. Verū ad-
miſſa iſta propoſitione, ratio minimè cōcludit,
neque efficit, ad audiendā ſententiā nova opus
non eſſe citatione. 1. quia citatio habet vim pe-
remptorii ratione illius actus, ad quem fit cita-
tio, minimè autē effectū ſuum ad alios actus di-
uerſos porrigere poteſt: & adeò licet conceda-
tur unam citationem Imperatoris, qua v c reus
ad comparēdū vocatur, ſufficere, ea tamē prop-
terea non operabitur, vt nulla citatione ad ſen-
tentiam audiendā opus ſit ſed efficiet, vt ſiqui-
dem ad audiendam ſententiā trina citatione o-
pus eſt, vt quidem putat *Tr inf p. 2. diſp 23. theſ. 3.
lit I.* Imperatorem ſemel citaſſe ſit ſatis 2. quia
non tantum in Camera, ſed etiam in aliis princi-
pum ſupremis provincialibus dicaſteriis idem
obſervatur, vt partes tantum ſemel initio litis
ad totam cauſam citentur: quiā ſcil. cum in illis
iudiciis certi præfixi ſint ad ſingulos iudicii a-
ctus expediendos termini, partes terminos iſtos
obſervare poſſunt & tenentur.

Quomodo inſtantia ab actione] Hæc duo differ-
re extra controverſiam eſt Verum Tr haud ſcio
an latius progredi & ita accipere videatur *l. 13.
C. h. tit* quod triennium illud tantum ad inſtan-
tiam perimendam, non ad ipſam litem finiendā
pertineat. Quod tamen vno tantum caſu verum
videtur, vbi abſente & ceſſante actore, nondum
ſatis, ex quo de meritis cauſæ conſtare poſſit, in
iudicium eſt deductum, iuxta *d. l. 13. §. 2. verſ. &
ſiquidem nihil. C. h. t.*

THESIS XVI.

Lit. A.

Prævio iuramento.] Textus eſt generalis *l. 13 §.
9. C. h t. & Nov. 82. c. 10.* vbi oppoſitio de cōpen-
ſandis ex cauſa expenſis, ſatis arguere videtur;
vbi non compenſantur, iuramentum eſſe præ-
ſtandum: & facit quod aliter quàm per iuramē-
tū expenſarū ratio probari vix poſſit. Debet au-
tem iudex facta expenſarum deſignatione, eas
taxare, & ſuper iis probandis iuramētū deferre:

quam taxationem neceſſariam eſſe tradit *Iaſ. in l.13.§ ſive autem alterutra. C. h.tit.col.* 8. atque ita accipiendum eſt quod ait Tr. quod iudex iuramentum, ſive æſtimationem juramento factam ſequi teneatur.

LIT. B.

An hoc etiam in criminalibus.] Triplex circa hoc opinio eſt, duæ extremæ: tertia media Primo quod nullo modo in criminalibus iudiciis præſtentur impenſæ, nec ab accuſatore ſuccumbente. Secunda, quod omnimodò præſtentur: etiam ex parte rei condemnati. Tertia, quod reficiantur expenſæ reo quidem abſoluto, ſed non accuſatori, licet vincenti. Primam tenuit olim Iacob. Butrigar. vt referunt *Bart. Bal & alij in l. non ignoret. C. de fructib. & litium exp.* quem ſequutus eſt *Fach. 1. controv. 42.* tum per *d 4 l. 4.* in qua ita opponuntur cauſæ criminales & civiles, vt in illis actor pœna calumniæ, in his ob expēſas & ſumptus teneatur: tum quod, vt ſæpius ingerit Fachin nullo iure hoc cautum ſit, quod in criminalibus præſtentur impenſæ. Quæ poſterior quidem ratio inepta eſt, quod etiam deficiente omni textu, ſatis eſſet manifeſta ratio, quod utique iniquum fuerit calumniam accuſatoris obeſſe innocenti reo, vt hic iacturam ſumptuum ſuſtinere cogatur: quod & not. *Salic. in l. vlt. C. de fruct. & lit. exp. n* 2. neque ſatisfit reo pœna calumniæ vel talionis, quæ vindictam publicam reſpicit: ipſe autem impenſas petēdo damnum rei familiaris & intereſſe privatum perſequitur, vt rectiſſimè reſpondit Cyn. *in l 3. C. qui accuſare non poſſunt.* & vulgatiſſimum eſt quod irrogatio pœnæ ad vindictam publicam, non conſumat perſequutionem eius quod intereſt privatim. Sed & nō obſcurus textus eſt pro hac ſententia *in l qui crimen. 3. C. d his qui accuſare non poſſ.* vbi in iiſdem terminis præter extraordinariam pœnam ſumptus litis præſtandi ſunt ab accuſatore. Vt proinde frivolum ſit, quod Fachin. ſpeciale eſſe ait in accuſatore contumace, cum utique & hic incidat in Turpillianum: & ſi pœna calumniæ quam ſuſtinet accuſator, ſatis eſt, vt ne cogatur præſtare expenſas, etiam ſatis eſſe poterit pœna Turpilliani vel extraordinaria cōtra *d. l. 1. C. qui accuſare non poſſunt.* Quin & ut ex Canoniſtis refert. *Bal. in l. 4. C. d. lit. exp.* magis peccat qui temere inſiſtit quam qui deſiſtit. Quod autem attinet *ad d. l 4.* in qua ſola Butrigar. olim ſententiæ ſuæ poſuit fundamentum, reſpondendum eſt vel cum *Salic. ibid.* ideo factā circa ſumptus tantum civilium cauſarum mentionem, quod ex ratione juris veteris, quo nomine ſumptuum decimaria actio competebat, maius hic erat dubiū: vel cum *Bart. & Caſt. ibid.* non valere ibi argumentum à contrario ſenſu: quæ reſponſio inde fulcienda eſt, quod propoſitum fuerit Imperatori tantum proponere pœnam principalem & præcipuam, quæ ex legibus manet actorem ſuccumbentem in cauſis civilibus & criminalibus. Tertia ſententia plus habet rationis, quia accuſator ſponte proſilit ad judicium & hic non intereſſe ſuum, ſed publicā vindictam perſequitur, vt proinde à reo, quē non tanquam ſibi ſed reipubl. ad pœnam obligatum in iudicium deducit, expenſas jure pĕtere non videatur. Eaque videtur ſententia Cyn *in l. 3. C. qui accuſare non poſſunt. num. 9.* dum quærit an in cauſa criminali veniant expenſæ ſaltem ex parte accuſatoris Attamen ſententiam ſecundo loco propoſitam, quod etiam accuſatori præſtandæ ſint impenſæ, communius tenent Doctores, probante & atteſtante *Iaſ. in l. 13. §. 6. C. h. t. col 7.* per textum generalem *in d l. 13 §. 6.* vbi Iuſtin. in genere conſtituit, vt victus victori præſtet expenſas, in cuius legis principio etiam criminaliū cauſarum ſit mentio. Et amplius facit non tam textus *in l 5. C. de fruct. & lit. expenſ.* qui à Cuiacio ex ſynopſi Baſilicorum inſertus eſt, & aliàs etiā ad cauſas civiles commodè referri poteſt, quam potius textus *in l. ult. C d. t.* vbi ſancit Iuſtin. vt qui privilēgium conſequutus eſt, vt ne conventus impenſas præſtet, idem ſi alium conveniet, ſive in civili ſive in criminali cauſa, ab eo expēſas itidem non conſequatur: ex quo alias in cauſa criminali, victum impenſas præſtare debere infertur. Licet enim cauſa criminalis ibi explicari poſſit de cauſa civili, ob delictum intentata, arg. eius, quod ibi dicitur *obnoxios ſibi, &c.* cū in cauſa verè criminali reus non actori, ſed magis reipublicæ obnoxius ſit, quæ verba ad hoc expendit *Baldus in d l ult. C d fructib. & lit. expenſ.* attamen ita ſubtiliter ea verba non accepiſſe videtur Iuſtin. & ſuo modo etiam in criminalibus reus actori obnoxius dici poteſt: neque fortaſſis abſurdùm ſit, accuſatori etiamſi operam Reipubl. præſtat, impenſas ex bonis rei refundi. Vbi tamen fortaſſis an diſtingui poſſit inter cauſas criminales ex quibus pœna pecuniaria, vel corporalis, maximè capitalis, mors ſive naturalis ſive civilis ſequatur; quomodo in terminis diſtinguit *Bald in d. l 4. C de fructibus & lit. expenſ.* licet *Salic. in l ult d t. nu 2* etiam in caſu confiſcatorum bonorum, accuſatori ex publico cenſeat

impen.

impenſas accuſationis eſſe reſtituendas.

LIT. C.

Tunc enim actor etiamſi victor.] Petendum eſt ex citato Fachin. quomodo hinc Iaſ. & alij diſſentiant. Nimirum circa explicationem *l. properandum* §. *& ſiquidem verſ ſin. autem ex geſtis C. h. t.* in duas abiuere opiniones Iohann. & Placent. Ille, vt explicat *Accurſ. in verbo, excipiendis,* hoc Iuſtin. voluiſſe cenſuit, expenſas reo factas deducendas de expenſis actoris, & ita reuera reum condemnati in expenſas, quas actor fecit, vt ſaltem ex ea ſumma deducantur, quas ipſe reus ſe feciſſe probauerit: pro qua ſententia facit, quod *in d. l. properandam* § *ſiue autem 6.* indiſtinctè traditur. victum in expenſas eſſe damnādum, etiamſi alterutra parte abſente controuerſia ſit deciſa Et hanc ſententiam ſequitur etiam *Cyn. d. §. & ſiquidem, & Caſtrenſ. d. verſ. ſin. autem ex geſtis in ſin. & Baldus in princ. d. §. & ſiquidem,* vbi hoc ſummarium proponit ex mente Iohann. quod vincens non recuperet expenſas vſque ad concurrente quantitatem expenſarum a reo factarum: & ita omnes tenere loc citat. teſtatur Iaſon. excepto, vt ibidem addit vno Salicet qui *in ſin ad* §. pauciſſimis verbo adducto capit, calumniam de pœnis, dicat, inquit, mihi Iohann. quod ſi reus eſſet abſolutus ab expenſis actoris propter iuſtam cauſam litigandi, quomodo ſuas tunc deduceret non video, niſi de quantitate principali. Et ſanè Placent. opinio verior eſt; quod Iuſtin. cum à reo iuramentum ſuper expenſis præſtari, & hanc partem contumaci actori infligi ſanciat, quomodo alijs locis eiuſdē legis victū, eodem in illa ſpecie victorem in expenſas condemnari velle intelligendus eſt, & apparet à Iuſtin quod ad punctum expenſarum, in ea ſpecie actoris contumacis idem ius ſtatui, ſiue reus abſolutus, ſiue condemnatus proponatur: & amplius eum veroſimiliter à reo vtpote præſente maiores ſiant expenſæ, illa tamen ratio deducendi, quam Iohan probat, non niſi vbi actor plus expendit, locum habet. Neque obſtat *d. §. 6.* quem etiam Fachin. rectè accepit de eo caſu, vbi præſente ſententia lata.

LIT. D.

Qui pro ſe habet conſilia.] Hoc quidem Iaſon. tradit, & amplius, ſufficere etiam vnius Dd. ſcribentis auctoritatem. Sed vtrumque dubium videtur, quod in tanta diuerſitate & copia ſcribētium, vix vlla etiam abſurda opinio careat aſſertore, ita futurum ſit, vt vix quiſquam in expenſas condemnetur; cum etiam aliàs conſilijs Dd. in quibus multa fauori dari ſolent: minus autoritatis tribuatur.

Cauſa non inſeritur ſpeciatim.] Conſuetudinem hanc, vt tantum in genere ex iuſtis cauſis impenſas compenſari ſententiæ adijciatur, iure repugnare cenſet Tr. poſt *Sichard in ſæpe d. l. properandum* §. *ſiue autem alterutra n. 13.* vbi plures allegat. Atqui cum regulare ſit, vt cauſa non inſeratur ſententiæ, idem de ſententia ſuper expenſis compenſandis ſtatui poterit, non obſtante, qua Tr. vtitur *Nou 82. c. 10.* vbi hoc ſaltem traditur, quod iudex nominatim compenſationem expenſarum ſententiæ inſerere debeat, cauſam autem eius rei adijciendam eſſe nō traditur.

Quid ſi ab initio.] Communis nimirum hæc ſententia eſt, vt etiam qui perrexit cognita iniuſtitia cauſæ in expenſas prioris temporis non condemnetur. Mihi tamen magis arridet ſententia *Dec in l. qui alterius, 24. de reg. iur. num. 8.* vt teneatur in omnes: quia ex quo cognita cauſæ iniuſtitia, non deſtitit, quo caſu ab expenſis abſoluendus eſſet. ſed litem improbè continuauit: improbitas iſta meritò ipſi nocere, & ad initium litis retrahi debet: ſiquidem, quod hinc, vt bene Decius, præſumatur, quod ſi à principio iniuſtam litem ſciuiſſet, eam tamen in iudicium deducturus fuiſſet.

Si is qui in priori.] Malim generaliter affirmati, eum qui in prima inſtantia vicit, iuſtam litigandi cauſam in ſecunda inſtantia habere videri; quippe cum pro ſententia iudicis præſumatur, neque adeo prouocatus temere ius ſuum in defenſum relinquere debeat *arg. l. illud 40. d. petit. hæred.* niſi tamen in ſententia manifeſta iniuſtitia & iniquitate laboret.

Idque operatur clauſula.] Crediderim vt maximà hæc clauſula non adiecta, nec expenſæ nominatim petitæ fuerint, iudicem tamen poſſe imò debere ſuper expenſis pronuntiare: per textum *in d. Nov. 82. c. 10.* ibi *oportet expenſarum rationem iudices omninò examinare & in l. properandum* §. *ſiue autem 6. C. h. t* ſciant, inquit Iuſtin. omnes iudices, victum in expenſarum cauſa, victori eſſe condemnandum, communior tamen videtur opinio Dd. quod citra actionem illius clauſulæ expenſas non petitas iudex adiudicare non teneatur, per not. *Angel. in §. omnium Inſt. d. action. n. 7 verſ additur etiam.* de quo etiam *Gail. 1. obſeru. 151 nu. 21. Mynſ. cent. 4. obſeru. 55. Sichard. in l probandum* §. *ſiue autem alterutra C. d. iudic. nu. 19. & ibid. Iaſ. n 30.* Neque obſtat *d. l. 13 §. 6.*

Digitized by Google

quia præſupponendum eſt expenſas fuiſſe petitas, quod aliàs abſurdum ſit, vt, quod ibi ſancitur, iudex earum æſtimationem parti præſtare teneatur, & quod iudex ſuper expenſis iuramentum admittere, eaſque taxare iubetur, eas quoque petitas fuiſſe, non leue præbet argumentū.

THESIS XVII.

LIT. A.

Non ad officium iudicis.] Nimirum officium iudicis duplex eſt. aliud venit incidenter, & non ſtat per ſe, ſed ſubſeruit, actiōi aliud venit principaliter. Illud mercenarium, hoc nobile, verbis quidem minus commodis, ſed quæ docēdi cauſa tolerari poſſunt. Dd. appellare ſolent. De illo res liquida eſt, quod actionis vice nō fungatur, hoc autem, ſeu potius implorationem huius officij, actionis inſtar habere, probatur *ex l. 37 de oblig. & act. & not. Iaſ. ad pr. inſt. act. n 54. & ſeqq.* actio tamen non eſt. quod ipſi Dd. quibus hic iniuriam facit Tr. docent *in l. 1. de iuriſd. Bart. & Caſtr. & Bald. ibid.* hanc eſſe ait veritatem, quod iuxta ſententiam Iohan. actio non ſit, ideoque monent, non eſſe concludendum, quod pars aduerſa, ſed quod ipſe iudex aliquid facere debeat. Idq; maximè obtinet in eo iudicis officio, quod iure, vt ita loquar, formatum & conſtitutū eſt: cum aliud ſit, quod per modum ſimplicis gratiæ impertitur magiſtratus: de quo demum rectè dicitur, quod naſcatur ex æquitate. Cæterum tertia ſpecies officij aduerſarij ineptè adijcitur à *Bart. in d. l. 1 d iuriſd. ex l 38. & vlt. de petit. hæred.* ſiquidem ea ſpecies eſt officij mercenarij, quo iudex actioni toti, etiam qua reſpicit reum eiuſque exceptiones, ſubſeruit, adeoque exceptiones in bonæ fidei iudicis, etiam formulæ non inſertas, admitti *d l. 38 & vlt d. pet. hæred.* de cuius explicatione agitur *diſp. 14. th. 9.*

Præiudicium quid ſit. Allegatur hic inter alios Vulteius, qui præiudiciales actiones perſonales eſſe contendit, quæ ſententia proponitur & refutabitur *inſr p. 2. diſp. 26. th. 4. lit. A.*

LIT. C.

Excepto diffamationis iudicio] A regula, quòd actor ſequatur forum rei, inſubtiliter imò malè excipit cauſam diffamationis: quia imò reus hic non actoris, ſed actor forum illius ſequitur: & hoc ſaltem ſpeciale, quod prætenſus actor ſiue diffamator ſub præiudicio & comminatione perpetui ſilentij, actionem ſuam, & quidem in foro rei, inſtituere & proponere cogitur: & diſceptatio ſiue imploratio, qua diffamatus terminum ad agendum diffamanti præfigi petit, iudicium appellari non meretur.

LIT. D.

Quod hodie non licet.] Minus rectè eſt hæc oppoſitio, quod ſe præmiſſum à Tr. de iudicibus ſibi non liquere iurantibus, ad iudices pedaneos: quod autem ſequitur, ad ordinarios magiſtratus, quibus præciſa iuris reddendi neceſſitas impoſita eſt. pertinet: licet etiam diuerſus caſus ſit, quo inferiores iudices, acta mittunt ad ſuperiores.

DISPUTATIO XIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Reſpondente

IOANNE Drachſtedt/ Hall. Saxone.

THESIS I.

LIT. B.

IMmerito.] Spectata intentione agentis: Cæteroquin etiam à iuſtè exheredato querela moueri poteſt: quod exitus iudicij oſtendit.

Exheredatis.] Sub hoc verbo etiam comprehendit præteritionem parentum in linea materna: quod admitti poteſt, non ex proprietate vocis quæ repugnat, ſed ratione effectus de quo hic agitur: *arg. l. 12. in princ. d. bon. libert.* vbi præteritio dicitur ſilentio facta exheredatio.

Propriè in linea paterna.] Duo hic dicit Treutl. præteritionem paternam teſtamentum ipſo iure annihilare, ſed in linea materna præteritionem pro exheredatione eſſe. De vtroque iure nouo non ſatis conſtat: & de priori hactenus dubitatur an in caſu præteritionis illius legata debeātur: quo affirmatur communius teſte *Claro q. 52 numer. 2* neque adeo abſurdè: ſiquidem, vt mox dicemus, teſtamentum non factum iuxta formam *N. 115. cap. 3.* ipſo iure nullum eſt: & perinde adeo quoad hunc effectum eſſe videtur, ſi filius præteritus, & iniuſtè exheredatus ſit: quod L. hoc caſu teſtamentum annullans exheredationem redigit ad inſtar præteritionis, imò taliter exheredatum pro præterito habet. Sed in contrarium facit, quod conſtitutio correctoria non extendenda, & verba *in princip. d. cap. 3. exheredare vel præterire.* ſubiectis

proprijs

proprijs commodè applicanda ſunt : quæ ſententia inde firmatur tum quod Iuſt. n. toto illo loco de teſtamento quod ante ipſo iure firmum erat, non obſcurè loqui videtur, tum quod dicit velle ſe vt non amplius liceat parentibus liberos exheredare vel præterire : ex quo colligitur Iuſtinianum corrigere ita ius vetus, vt non amplius liceat quod olim licebat : licebat autem olim ſaluo teſtamento exheredare filium patri, præterire matri ſed præterire patri ſaluo teſtamento non licebat. Et hanc multorum ex antiquis ſententiam fuiſſe, refert *Iaſ in Auth. ex cauſa. num* 1. ſed ipſe pro contraria communi opinione affert hoc argument. cui totum mundum reſpondere poſſe negat : quod exheredatus ſine cauſa habeatur pro præterito. Verum hoc quidem iure veteri manifeſtò falſum eſt : iure nouo ex comm. Dd. ſententia, verum quò ad effectum nullitatis inſtitutionis, ſaluis legatis : quod idem in præterito à patre obtinere, non ſequitur. In altero, de præteritione materna, eam hodie pro exheredatione non haberi, ſed ob eam, teſtamentum eſſe ipſo iure nullum, communis itidem ſententia eſt, *teſt. eod. Clar. §. teſtamentum q.* 47. eaque hinc confirmatur, quod præteritioni maternæ iuxta & exheredationi paternæ eandem formam præſcripſit Iuſtin. adeoque ſiquidem exheredatione non rite facta teſtamentum eſt nullum, idem de illa erit ſtatuendum, idque pro certo à Dd. haberi patet ex traditis *à Iaſon. in l. ſi pater* 4 *c. de inſt. & ſubſtit. num.* 5 contra quam putat Treutl. d. diſput. 11 th 1. lit. C. efficietur tamen hinc, vt mater re ipſa liberos hodie exheredare cogatur: quoniam oratio talis, prætereo filium meum, quia manus mihi intulit, parum diſtat ab exheredatione, poſtquam in hac quoque nulla certa aut ſolennia verba deſiderantur. *l.* 3. *C. de lib. præterit.* quamuis hoc videatur ſufficere, ſi mater ſimpliciter & tantum, citra verba, prætereo filium, cauſam inſeruerit teſtamento, *de quo inſ. th.* 10.

LIT. C.

Ad quod non deuenitur.] Obijci ſolet *l.* 14 *h. t.* Iuncta *l.* 16. *§.* 1. *eod. & l.* 1 *ſi à par. quis man.* Sed reſponſio vulgata ſumitur ex traditis *ad th.* 1. *diſp.* 11. quod extraordinarium remedium concurrat cum ordinario, ſi illud ſit pinguius expeditius vel plenius; eademque reſponſio eſt *ad l.* 8. *§.* 14.

Actionis tamen via] De hoc ſtatim dicemus ad lit. E.

LIT. D.

Quæſtio hic mouetur de cauſa efficiēte, & ex quo iure ſit querela: & eā alij iuri ciuili, alij prætorio, alij conſuetudinario, alij etiam mixto iuri adſcribunt, vt Vulteius *in Inſtit h t.* Primam opin. cum Cuiacio ſequitur Tr. cui obijcitur tum *l.* 8 *in prin. de bon poſſeſſ. cont. tabb.* vbi exhæredati negantur iure ciuili turbare teſtamentum: tum ratio, quod emancipatis, qui iure ciuili non ſuccedunt, querela datur, quæ tamen hoc ſaltem opetatur, vt reducatur res ad cauſam inteſtati, quod remediū fruſtra detur emancipato eo iure, quo ab inteſtato ſuccedere nequit. Hæc quidē tanti viſa ſunt Vult. vt propterea querelam parū ſubtiliter iuri mixto ferret acceptā: & eſt quod iſtis reſponderi queat. Et quidem *in d. l.* 8. illud genus turbandi intelligendum eſt, quo præteriti turbant, quibus in ea ſpecie exhæredati opponuntur: vt ita ſenſus legis ſit, quem expreſſit *Gouean.* 1. *variar.* 6. exhæredati nec contra tabb. petunt, nec iniuſtum teſtamētum patris faciūt. Ad rationem variè reſpondetur. Tum quod etiā iure prætorio filius vtiq; non ſuccedat per querelam, per quam tantum reſeinditur teſtamentum: tum quod etiamſi querelam initio favorem ſuorum introductam eſſe dicamus, ea tamen poſtea ad emancipatos, quos ſuo iure præterire poterat, eos quaſi ad inſtar ſuorum redegerit, quod hi ab hæreditate, quæ ipſis iure ciuili non debetur, non niſi ſub qualitate ſuorum remoueri, & exhæredes ſcribi poſſe videntur: vt ita querela non detur emancipatis qua talibus, ſed tanquam paſſis iniuriam exhæredationis: & huc referri poteſt color ille furoris, quod ſc. pater filio licet emancipato, iure tamen naturali filio, hanc notam & iniuriam inuſſerit: quod etiam ad matres & lineā maternā pertinet, poſtquam ex SCto hic liberis ſucceſſio delata fuit. Neq; obſtat quod *in d. l.* 8. *in pr. de bon. poſſeſſ. cont. tabb.* querela opponitur iuri ciuili : quia nihil abſurdi eſt iure ciuili quodā exclusum, velut ex l. XII. tab. alio remedio iuris ciuilis iuuari: quomodo contractus iure ciuili validus remedio *l.* 2. *C. de reſc. vend.* reſcinditur. Magis obſtat quod emācipatus exhæredatus etiamſi querela vtatur, tamen ſine prætoris auxilio ſuccedere non poſſit, quod fruſtra ſit feciſſe patremfam. inteſtatū, ſi ipſe ab inteſtato ſuccedere nequeat: conſequitur autem bona beneficio bonorū poſſeſſionis, quam querelam moturus agnoſcit, & quæ ipſo vincente cum re eſſe incipit iuxta *l.* 6. *§.* 1. *& l.* 7. *h. tit.* Atquin ex quo iure eſt bonorum

iſta

Digitized by Google

iſta poſſeſſio, fundamentum querelæ & præparatio: ex eo ipſa quoq; querela eſſe videtur: neq; credendũ eſt quod ius ciuile prætorio aliàs potentius, imperfectam ediderit operationem, nudam querelam quæ ſine auxilio prætoris futura fuiſſet imperfecta, concedenda. Et exinde fortè arbitrari quis poſſit probabilem eſſe ſententiam Vulteij mixto iure querelam adſcribentis, quaſi vtrumque ius hic ceu ſymbolam ſuam contulerit. Et tamen ſentẽtia hæc parum fortaſſis videatur ſubtilis: quod diuerſa ſint remedia, querela & bonorum poſſeſſio, & alterutrum horum iurium, ſiue ciuile ſiue prætorium ſatis fuerit potẽs, vt plenè & perfectè liberis ſuccurreret. Neque abſurda ſententia eſt, quod per productionem, quia in ſuis nulla poſſeſſionis agnitione opus eſt, ad emancipatos querela fuerit producta. Nec valdè tamen repugnauerim, ſi quis iuri prætorio hoc remedium adſcribat: contra quam leue argumentum eſt Cuiacij, ex inſcriptione *l. 4. h. t.* cum præſertim Cuiac. ad Claudiũ Glyciam legem illam referat, & à cognominib⁹ legiſlatorum non ſolitæ fuerint leges appellari. Neque ſatis validum eſt argumentũ, quod Vulteius mouet, excedere hoc poteſtatẽ iuris prætorij, vt defectum faciat inteſtatum: ſiquidẽ dici poteſt fieri hoc non tam poteſtate querelæ, quã ſententiæ, qua magiſtratus teſtamẽtum tanquã à furioſo factum reſcindit. Neque obſtat quod querela dicitur eſſe ex legibus antiquis *l. 31. & 32. C. h. t. iuncta Nou. 18. c. 1. in fin.* quia licet aliàs per leges antiquas ius XII tab. veniat, id tamen in propoſito minimè veriſimile eſt, & magis probabile, quod Iuſtin. aliàs parum accuratè loqui ſolitus ſicut & in *l. vlt. C. h. t.* intelligat ſimpliciter leges priores, velut edicta prætorum & reſponſa prudentum. Exiſtimauerit fortè quis, eo iure introductam querelam, quo legitimæ quantitas conſtituta eſt. verum hoc iuxta in obſcuro eſt.

Lit. E.

Ait hic Tr. petitionem hæreditatis & querelam poſſe cumulari, ita vt petatur teſtamentum reſcindi & adiudicari hæreditas: & tamen lit. C. via actionis proponendam eſſe querelã. Atquin cum actiones coram iudicibus pedaneis ex ratione iuris proponãtur, ius reſcindendi teſtamẽtum, horum iudicum poteſtatem excedere videtur: & verò querelam in iudicio centum virali propoſitam fuiſſe arg. *l. 13. h. t.* & locus Cicer. 1. de oratore vbi inter cauſas centum virales refert iura teſtamentorum ruptorum & ratorum: ſed & formula & aliæ proprietates actionum, & ipſa definitio hic non ſatis conuenire videtur. Porrò cumulatio duarum diuerſarum actionũ, quales Tr. agnoſcit querelam & petitionem hæreditatis, rationi iuris noſtri non ſatis cõuenire videtur, & harum actionum cumulationi hoc quoque obſtat, quod per alteram alteri fiat præiudicium. Videamus annon ita ſtatui poſſit, querelam & petitionem hæreditatis, vt diuerſa quidem poſſe conſiderari: vel quod plerumque hæreditas petitur, vbi de inofficioſo nulla quæſtio eſt: vel quod etiam aliquando querela agit, qui ius ſuccedendi non habet: *l. 6. §. 1. hoc tit.* & fortaſſis etiam exhæredatum querela & petitione hæreditatis ſeorſim vti potuiſſe, vnde & de vtraque in Digeſt. & C. ſeparati tituli ſunt: cæterum frequentius & expeditius hæc ita coniuncta fuiſſe, vt non duarum actionum, ſed vnius vicem obtinerent: idque inde firmatur, quod emancipatus exhæredatus inſtituturus querelã prius debet agnoſcere bonorum poſſeſſionem: quo ſcilicet facto hæreditatem ex cauſa inofficioſi peteret. Vnde explico *l. 20. h. t.* vbi traditur, eum qui de inofficioſo dicit mouere poſſe petitionem hæreditatis: non quaſi inſtituta querela hæreditatem coram alio iudice petere, ſed quod hæreditatem ex cauſa inofficioſi petere poſſit: idque eſt quod dicitur *in l. 34. C. h. t.* petitio hæreditatis nomine inofficioſi: eamque quaſi identitatem probat *l. 15. in fin. h. t.* vbi victor in iudicio querelæ ſtatim vtitur actionibus hæreditarijs: *& l. 21. in fin. eod.* vbi per inofficioſi querelam dicitur euinci hæreditas *& l. 27. §. eod.* vbi per querelam dicuntur vindicari facultates: & *in l. 8. §. 8. h. t.* ibi, ſi dicam inofficioſam, hæreditatem debeo petere. Vnde explicari poteſt obſcurus aliàs locus *in l. 1. C. h. t.* vbi querela cõceditur aduerſus fidei commiſſarium, perinde ac ſi hic pro hærede vel pro poſſeſſore poſſideret: quæ propria nota eſt petitionis hæreditatis. Itaque fuit olim ſententia antiquorum, quam refert & malè improbat *Cyn. in d. l. 1. & Iaſ. ib. n. 5.* quod querela inofficioſi teſtamenti & vtilis petitio hæreditatis in illo caſu ſonent idem: *& quod querela implicitam habeat petitionem hæreditatis.* Et hoc ſcil. reſpectu *in l. 12. in fin. & l. 15. §. 2.* & alibi, querelam actionem appellari intelligendũ eſt. Neq; obſtat huic ſententiæ, quod cum petitio hæreditatis coram iudice pedaneo tractata fuerit, vt colligitur ex toto titulo de petitiõe hæreditatis, teſtamentum tamen a iudice tali non videatur potuiſſe reſcindi: quia reſpondeo, vel hoc abſurdum imò non eſſe, cum fiat autoritate præ-

toris

toris qui iudicem dedit: vel quod non omnis petitio hæreditatis nec ſemper coram iudice pedaneo tractata fuit: ſiquidem teſt. Cic. 1. de orat. teſtamentarias cauſas iudicium centumvirale ſibi vindicauit: & ipſe Tr. diſp. ſeq. th. 4. lit. D ait petitionem hæreditatis olim in iudicio centumvirali agitatam fuiſſe, quod confirmatur *ex l. vlt. in pr. de petit. hæred.* & fortaſſis vbi de iure quæſtio incidit, ad iudicium cẽtumvirale, vbi de facto, ad iudicem pedaneum prætor partes miſit. Non obſtat, quod poſt Dd. mouet *Iaſ. in l. 1. C. h. t. numer.* 8. hæc duo iudicia non poſſe concurrere, quod querela agat non hæres contra verum hæredem, ſed petitione hæreditatis verus hæres contra non hæredem. Etenim adiectio & mentio inofficioſi facit, vt hæres ſcriptus pro iniuſto poſſeſſore, & ex aduerſo querelam intentans pro vero hærede ab inteſt. ſiue ciuili ſiue prætorio iure habeatur: ſiquidem pro qualitate perſonæ, veluti ſi emancipatus ſit, aditione hæreditatis, aut petitione poſſeſſionis bonorum ad querelam præparandam opus eſt *l. 7. h. t.* vt adeo iure hæredis vel bonorum poſſeſſoris eam intentari neceſſariò conſequatur: quod etiam confirmatur *ex l. 2. C. h. t.* & facit quod teſtamentum ſub prætextu & colore furoris impugnetur. Secundũ quæ defendi poteſt, quod etiam ſimpliciter hæreditas hic rectè petatur, & obiecto ab hærede teſtamento, per replicationem querela inducatur. Falſa igitur eſt ſententia Dd. quam probat *Iaſon in d. l. 1. C. h. t. & ſequitur Ant. Fab. 17. coniectur. 1* querelam præcedere, petitionem hæreditatis ſequi debere: cui fini *Cyn. & Iaſ. in d. l. 1. & alij Dd.* verbum, *perinde*, pro, *exinde*, ineptè interpretantur.

LIT. F.

Præcipua hac lit. quæſtio eſt, an teſtamentum non factum ſecundum N. 115. c. 3 ſit ipſo iure validum necne. Prius affirmat Tr. hac lit. in F. dum ait, etiamſi ex iuſta cauſa non ſit facta exhæredatio, ſi tamen ritè facta ſit, teſtamẽtum adhuc per querelam eſſe reſcindendum. Equidem illud verum eſt, ex ratione iuris noſtri dupliciter exhæredationem conſiderari, & pro ſolennitate teſtamenti, & quatenus cum effectu remouet filium ab hæreditate: ſiquidem iure veteri etiam optimus & benè meritus filiꝰ ſaluo teſtamento poterat exhæredari. Verum Dd. communiter aliter ius eſſe putant poſt Nou. 115. per quã Iuſtin. formam iſtam exhæredationi dediſſe videtur, vt ex iuſtis fiat cauſis & in Nou. expreſſis, qua forma non ſeruata teſtamentum nullũ eſſe exiſtimãt. quod ſequutus eſt *Ant. Fab. dec. 14. err. 6.* vbi ait, quod nõ qualiber exhæredatio hodie ſufficiat ad implendam teſtamenti ſolennitatẽ, ſed quæ ſit qualificata & quę ſcil. habeat adiectã cauſam: à qua tamen recedit *dec. 39 err. 5.* contẽdens quod in Nou. 115. de illo tantum caſu agatur, quo teſtamentum ipſo iure firmum, & ex eo hæreditas adita eſt: & ibid. ineptè duplicem facit querelam, veterem & iuſtinianeã, & neſcio quæ commenta fingit, de nouo remedio a Iuſtin. in d. Nou. 115 introducto. Mihi Dd. ſententia ſimplicior eſſe videtur, vel quod Iuſtin. in tam prolixo capite nullam querelæ facit mẽtionem: vel potius quod cauſa nulla vel iniuſta expreſſa, hæres non admittitur ad probandam ingratitudinem filij: quæ communis eſt Dd. ſententia, & fundatur in *l. 30. § 1. & l. 34. C. h. t. Nou. 115. c. 3. in pr. & fin.* vt adeò imaginaria & iudicis ſaltẽ cauſa inſtituta querela ſit futura, in qua perpetuò & neceſſariò obtineat filius. Quod verò tandem iudicium illud inofficioſi erit, in quo nihil hæredi opponere, neq; de ingratitudine filij liceat diſputare. fatuus itaque futurus ſit hærès, qui citatus compareat ad iudicium in quo nunquam vincere poſſit: ineptus etiã iudex qui eam actionem recipiat, in qua nulla cauſæ cognitio, nullæ vnquam partes ipſius aliæ futuræ ſint, quam vt condemnet. Et fruſtra hic affertur caſus filij abſtinentis & querela non agentis: quia non facilè hoc præſumitur factutus filius, & hic non de facto ſed iure, & de caſu querelæ inſtitutæ vel inſtituendæ diſputatur. Illa autem Dd. opinio quã refert & probat *Iaſ. in Auth. ex cauſa C. de liber. præter. in princ.* videtur inepta. qua teſtamẽtum quidem nullum eſſe ſtatuunt, auditi tamen hæredẽ ingratitudinem probaturum: vt ita filius ab inteſtato remoueatur, & tamen teſtamento ſcriptus maneat hæres. Sunt qui obiectioni ſuperiori ab abſurdo ductæ occurrunt exemplo poſthumorum ex ratione iuris veteris exhæredatorum. Verum replicari poſſe exiſtimo, vel, quod ius generale non potuerit mutari propter poſthumos: vel quod illo iure aliquando ex perſona alterius exhæredari quis poterat *l. 3. §. 5. de bon. poſſeſſ. contr. tabb.* vel deniq; quod poſthumus iure veteri etiam cũ effectu poterat exhæredari, ſi ipſi quarta titulo particulari relicta fuiſſet *§. penul. Inſt. h. t. & Nou. 18. c. 1 in fin.* quod hodie mutatum *d. Nou. 115. c. 3.* Illud planè non obſtat ſententiæ Dd. quod in fin. *d. cap. 3* reſciſſum dicitur teſtamentũ: vel quia verbum reſcindere aliquãdo ſignificat nullum declarare, vt notant Dd. *in*

 l. 5. C.

l 5. C de reſcind. vend. quo ſenſu libertas nulliter data reuocari dicitur *l. 1. C. qui manum non poſſ.* & in conſtitutionibus Iuſtin. fruſtra accuratio illa deſideratur: vel quia reſpectu iuris veteris, quo firmum erat tale reſtamentum, & hodie poteſtate iuris quaſi reſcinditur ita locutus videri poteſt Iuſt. vel deniq; quia ſubirrito teſtamento, quæ vox in Græco textu extat, verbo generalius ſumpto, reſtamētum ab initio quoq; nullum, contineri docet § 5 *Inſt. quib. mod. teſt. infir.* Illud moueri poſſit, quod cum ex veriori ſententia, de qua poſtea aliæ præter expreſſas cauſas in *c. 3 Nou. 115.* ſint admittēdæ, cauſæq; adeò exhæredationis incertæ ſint, nō videatur ſtatui poſſe, iuris poteſtate nullum eſſe teſtamentum. Verū non propterea opus erit querela, ſed implorabitur officiū iudicis, qui de iuſtitia cauſæ, an expreſſis maior æqualiſue ſit, cognoſcat: quo facto, approbata cauſa retro nullum cenſebitur teſtamentum Quæ licet ita diſputari poſſunt, veniebat tamen in mētem tentare, nunquid interſit, an pater ſimpliciter exhæredauerit filium, maximè relicta legitima portione, an verò exhæredauerit ex cauſa etiam generali & non definita, quod circa ſe fuerit ingratus: vt illo quidem caſu non liceat hæredi obijcere & probare cauſam aliquam, hoc autem liceat Quod probabile facit conſideratio iuris veteris & in eo mutando ſcopus Iuſt. *in d. Nou. 115 c. 3.* quia ſcil. iure veteri licebat exhæredare etiam optimum filium cū effectu, ſi legitima ſaltem relicta fuiſſet quocunq; titulo: hoc nimirum tollit Iuſt. *in d Nou. 115.* & ad hunc caſum etiam pertinere exiſtimandum eſt, quod hæredi negatur ius obijciendi ingratitudinem, quod præſumitur teſtator non quod ingratus eſſet filius, ſed tantum pro ſolēnitate teſtamenti exhæredationem feciſſe. Hæc autem ratio ceſſat, quando pater filium ingratum dicit, eumq; exhæredat: quo caſu non audiri hæredē, ingratitudinis probationem offerentem, fuerit per abſurdum. Idq; confirmo ex *d l. 30. in fin. pr. Cod. h.* vbi remouetur filius, quem pater arguit ingratum, & tum demum non permittitur hæredi quæſtionē ingrati introducere, ſi pater nullam omninò filij tanquam ingrati fecerit mētionem Hoc enim ita iuxta tenorem verborum interpretor, vt ſufficiat etiam in genere citra ſpecialis cauſæ expreſſionem filium ingratū arguiſſe: Et ſanè tria innouare *in d. Nou. 115. c. 3.* Iuſtiniano propoſitum fuiſſe videtur. 1. certas ingratitudinis cauſas exprimere. 2. iniuriam exhæredationis tollere, vt non ſufficiat relicta legitima titulo particulari quomodocunque liberos exhæredare. 3 legata, vtcunque corruat inſtitutio conſeruare: & igitur cætera diſpoſitiōi iuris antiqui relicta intelligentur. Secundū quæ media hæc erit inter quorundā neotericorū & Dd. vulgò ſententia: vt ſimpliciter exhæredato filio teſtamentū ſit nullū, adiecta autem ingratitudinis mentione etiā in genere, querela ſit experiēdū.

Et hodie in linea tam recta.] Ait etiam hodie in linea tam recta quam tranſuerſali locum eſſe querelæ, & in allegatis ſubijcit hoc ita obtinere, quando ex iuſta cauſa exhæredatio facta eſt, quæ ab hærede nequeat probari. Atquin hoc malè ad vtramque lineam refertur: cum in tranſuerſali etiam non expreſſa cauſa, etiam præterito fratre teſtamētum ipſo iure ſubſiſtat. Sed fortaſſis Tr. hoc poſterius tantum de linea recta intellexit, cum Dd. quorum hanc ſententiā refert *Clar. in §. teſtam q. 4. n. 4. & 5.* quod vbi cauſa etiā legitima inſerta eſt, ſed non probata ab hærede, teſtamentum ſit impugnandum per querelam: cæteroquin ea probata inanis ſit querela. Quod parum ſubtiliter dici videtur · quia propriè loquendo à probatione, an querela opus ſit, dependere non poteſt: & rectius dicitur, quandocunq; iuſta cauſa adiecta eſt, querela eſſe opus, in cuius videlicet iudicio de veritate cauſæ diſceptetur. Niſi fortè quis exiſtimauerit, cum eſt ſententia N 115. teſtamentum regulariter nullū ſit etiam hoc caſu iuſtæ adiectæ cauſæ, querelā inſtituendam non eſſe, ſed ex officio ſiltem, an cauſa vera ſit, inquirendum eſſe: quo poſito obtinebit ſententia Martini, cuius à Tr. facta eſt mentio, querelæ hic locum non eſſe. In eo autē manifeſtò ſibi cōtradicit Tr. dum Dd. ſequitur, qui expreſſa demum cauſa iuſta, quæ ab hærede probari nequear, locum querelæ faciunt, & tamē in fin lit. cum Donell. & Duaren. etiam ſi nulla vel iniuſta cauſa adiecta ſit, per querelam teſtamentum infirmandū eſſe ſtatuit: quæ quidē duo ſimul conſiſtere non poſſunt Cæterum in linea recta, non tantum quærendum eſt de teſtamentis parentum, ſed etiam liberorum: an, ſi hi vel præterierint parentes, vel adiecta iniuſta, & c. 4. d. N. 115. non probata cauſa exhæredauerint, teſtamentum ipſo iure nullum, an per querelam ſit reſcindendum. Et prius commune & verius, & d. c. 4. conuenientius eſt: quod *Iuſtin. eod modo in pr. d c. 4.* non licere liberis parentes ſuos præterire aut à rebus proprijs alienare: & in fin & contra factum ſit, perinde vt in *c. 3. § vlt.* nullam vim eiuſmodi teſtamentum habere conſtituit.

THE-

THESIS II.

Lit. A.

Sive emancipati ſunt.] Cum dixiſſet querelam dari liberis vtriuſq; ſexus, ſubiicit id hodie verū eſſe etiam in emancipatis. Parū ſubtiliter, quod dubium non ſit, etiam iure veteri emancipatis exhæredatis datam fuiſſe querelam per Tex. generalem *in l.8 in pr. de bon poſſ. contra tabb.* & ſpecialem de emancipatis *in l.7. in fi. h.t.*

Quod vulgo de iam natis.] In utramque partem diſputat Treut: an poſthumus hodie exhæredari ſalvo teſtamento poſſit. Et ipſe quidem in affirmativam videtur proclivior: cæterū negativa præcedentibus conſequens eſt: quod hodie non ſimplex, ſed qualificata exhæredatio requiratur ad ſuſtinendum teſtamentum, & poſthumo ſive iam nato doli incapaci nec ſpecialiter nec generaliter cauſa ingratitudinis adſcribi poſſit *Caſtr. in l.2. D h.t n.8 & 9.* Poſita autē ſententia, quam Tr. in extremo th. præced. ſequitur, neceſſariò affirmativa ponenda eſt: ſiquidem illa admiſſa, hodieque exhæredatio ſimplex ad ſolennitatem teſtamenti ſufficiet. Prout itaque aut Dd. aut Neotericorum quorundam ſequaris ſententiam, ita hæc quæſtio certò aut neganda aut affirmanda, non autem, vt Tr. facit dubitanter de ea diſputandum eſt.

Lit. B.

Hoc eſt ab aſcendentibus adoptati.] Quod de legitimis tantum dixerat, iis competere querelā, non rectè reſtringit ad adoptatos ab aſcendente: quoniam idem locum habebit in arrogatis quibuſcunque, in quibus veteraiura cum Iuſtin. intacta reliquerit illi conſequēter poteſtati patriæ plenè & perfectè etiam hodie ſubiiciuntur. Neque obſtat *l.5.§.15 h.t.* quia ſpeciale eſt in pubere arrogato qui cum quartam ex l habeat, querela non vtitur, ſicut nec alius, qui eam ex voluntate teſtatoris accepit: in aliis autem arrogatis ius commune obtinebit.

Lit. C.

Niſi deficientibus legitimis.] Falſa videtur hæc ſententia, quòd liberis naturalibus tantum detur querela inofficioſi. contra teſtamentum patris, ſi liberi legitimi & iuſta uxor deficiant, ſiquidem hi & civili & prætorio iure licitè & liberè præteriri poſſunt. Nec video quid pro Tr. facere poſſint *l.23. & ſeqq. de ſtatu hom* Nec pro eo facit *N.89.c.12.§.4.* quoniam quod ibi de caſu ſucceſſionis ab inteſtato traditur, ad eum caſum quo teſtamento facto alius hæres ſcriptus eſt, minime eſt extendendum, quod etiam diſertè ſcribit poſt alios *Caſtr in l ſi qua illuſtris pen. C. ad SC Orphit.* & ſcil. naturales nunquā ad querelā cōtra patris teſtamentū admittantur. Nihil planè facit *§.2. Inſt. h.t.* quoniam vulgatū eſt, quod naturales liberi, vbi opponuntur legitimis tantum, ſignificent ex iuſto matrimonio natos, velut *in pr. Inſt de adoption.*

Imo ſi mater ſit illuſtr.] Liberis naturalibus contra Teſtamentum matris illuſtris negat querelam, proculdubio ex *l. ſi qua illuſtris pen C. ad SC. Orphit.* verum illa nominatim excludit liberos ſpurios incerto patre natos, qui à naturalib. planè ſunt diverſi, & quibus Dd poſt *Gloſſ.* nominatim *Bart. Salic. & Caſtrenſ. d. l pen.* contra teſtamentum etiam illuſtris matris querelam concedunt. Et ſane correctoria lex & in ſpecie de ſpuriis loquens, ad caſum diverſum liberorum naturalium ex concubina natorum temere trahēda non eſt: & cum Iuſtin *in d. l* non obſcurè eandem ſtatuat rationem matris illuſtris & ingenuæ, hæc etiam ex ratione iuris veteris in concubinatu eſſe potuit præcedente teſtatione *l.3. in pr. de concubin.* Deinde Treut. indiſtinctè negat querelam: cum tamen Iuſtin. *in d. l. pen.* nominatim loquatur de caſu extantium aliorum legitimorum liberorum: eoque à contrario ſenſu his nō exiſtentibus liberi etiam ſpurii ad ſucceſſionem, & porrò præteriti ad querelam contra teſtamentum matris illuſtris admittentur: quæ ex hac ipſa ratione ſententia eſt *Dd. Cyn. Bart. Salic. & Caſtrenſ. in d l. pen.* In eo autem errat Cyn. ibid. quod textum *in d. l. pen.* reſtringit ad caſum ſucceſſionis ab inteſtato, & non obſcure etiam ſpuriis, etiam ubi alii liberi extant, adverſus teſtamentum matris illuſtris querelam concedit: cum tamen difficilius videatur, vt quis ad querelam, quam ad ſucceſſionem ab inteſtato admittatur.

THESIS III.

Lit. A.

Cum exhæredantur.] Intellige iuxta acceptionem, qua uſus eſt theſ 1 lit B. vt etiam comprehendatur caſus præteritionis.

Vnde rectè colligitur.] Ait ex *l 14 .h.t.* rectè colligi, quod in querela adverſus teſtamentū patris, filii exhæredati præponātur avo præterito & hic demum illis excluſis admittatur. Quæ collectio parū videtur ſubtilis: quia quod expreſſa verba textus habēt, id minꝰ rectè colligi dicitur: & ex manifeſta & certa ſucceſſionis ratione (agitur autē ibi de filio emācipato) potior eſt linea deſcendens.

 Sive

illis derogandam ſufficere concedendũ non eſt. Movetur V. à Tr. *d p. 2.* quod iudex notorij etiã non allegati poſſit & debebat habere rationẽ. R. abſurdè hic proponi notorium eſſe, quod judex ſolus ſcit, aut ſe ſcire prætendit: cum in illa propoſitione notoriũ intelligatur, quod liquidum, & apud omnes ferè conſtat, & in evidentia quadam rei facti ve conſiſtit. Fruſtra autẽ affertur *l. 79. d. iud.* quæ hoc ſaltem probat, multa in quæſtione facti arbitrio iudicum permitti: & ꝙ in ea ſpecie præſes ſuper facto conſulitur, de eo iudicẽ incertũ fuiſſe ſatis evincit. Deniq; *in Auth. hodie C. h. tit* æquius melius minimè opponitur actis & probatis: in hoc tamen vitioſè illa Auth. concepta & conſtitutioni *l. 14. in pr. C. h. t.* ſubiecta eſt, quaſi hodie judices ſecundum leges judicare nõ tenerentur: cum Nov ex qua illa auth. deſumpta eſt loquatur de magiſtratibus, quibus integræ provinciæ adminiſtratio commiſſa eſt. Vtcunq; autẽ hæc ita ſe habeant, minimè tamen ſuaſerim iudici cõtra conſcientiam ſuam judicare, & vix verum crediderim, quod ſcribit *Cyn. in l 1 in fi. C. vt quæ deſunt advocatis*, in foro poli etiam excuſatum eſſe, qui ſecundum acta & probata, eũ quem ſcit eſſe innocentẽ, condemnat. Ideoque hic rectius fecerit judex, ſi abſtineat iudicio, & teſtimonio ſuo partem adiuvet: quod licet ſingularis ſit, tamen & autoritate & circumſtantiarũ explicatione iudicem movere poſſit, cum aliàs poſt ſententiam à ſe làtam teſtimonium eius nullius ſit futurum momenti. Rectè etiam fecerit, ſi rem deferat ad ſuperiorem, qui vel autoritate ſua rem componat, vel rem differat, dum veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat. Quod poſterius cautius fortaſſis judex ſupremus, ſi coram ipſo cauſa vẽtiletur, obſervabit, quam ut contra probata in judicando nudam conſcientiam ſequatur, quã poteſtatem ipſi facit *Tr. poſt Cyn. & Sichard. in d. l. 1. in fi C. vt quæ deſunt advocatis.*

Veram conſcientiam intelligo.] Ait ſe intelligere conſcientiam publicam legiſque munitam. Quod quale ſit, aut non intelligo, aut hæc ſententiam contrarium ſibi Trm, & ineptam facit hanc quæſtionem. Equidem Dd per ſcientiam & conſcientiam publicam & legibus munitam, eam ſcientiam intelligunt, quæ ex actis probatis provenit: cæterum cum actis & probatis in hac materia ſcientia & conſcientia iudicis opponitur hæc publica & legibus munita citra contradictionis implicationem, appellari non poteſt.

Alias enim magis, &c.] Hæc quæ ſequuntur non rectè ſubijciuntur ei caſui quo nõ eſt locus appellationi, ſed eo pertinent, quod judex non ſatis benè conſulturus ſit parti innocenti (& tamen etiam de parte nocente quæſtio hæc incedere poteſt) ſi eam cõtra acta & probata ſecundum conſcientiam abſolvat: quod iudex appellationis, cuius eadem ſcientia non ſit, actorum fidem potius ſit ſecuturus.

Principem poſſe iudicare.] Ita accipiendum eſt, quod in th. proponit, ſi à ſententia appellari nequeat: quod appellationi & pacto renuntiari poſſit, & aliis quoque caſibus ei locus non ſit, ad quos hæc deciſio non rectè accommodaretur.

Qua ratione rectiſſimè, &c.] Si verba ſequimur, hoc dicit Tr. inferiorem judicem ſecundum acta & probata, principem ſecundum conſcientiam iudicare debere Hoc verò nec ſimpliciter admittendum eſt, & pugnat cum iis, quæ in *th. lit. E.* proponuntur. Neque intelligo, quo ſenſu hæc à Dd. divelli dicat, à quibus hoc de iudice inferiori quæritur, & principem ſupremum ſecundũm conſcientiam neglectis actis judicare conceditur.

THESIS. XV.

LIT. B.

Non item prorogari.] Equidem utilitatis publicæ cauſa triennium hoc introductum videtur: non tamen dubito vel præcipuè conſideratum favorem partium, ne nimis diu extrahantur: vt fortaſſis probabiliter defendi poſſit, partibus non urgentibus nec inſtantibus hoc triennium produci poſſe, *arg. l. 13 §. & ſiquidem 2. C. h t.* ibi, *parte fugiente actoris abſentiam incuſante.*

LIT. C.

Proponitur hic, quod vulgò ob omnibus liquidiſſimũ habetur partibus non citatis ad audiendam ſententiam, hanc ipſo jure eſſe nullã. Quæ opinio dubia redditur. 1 quod ad ſingulos actus judiciales non videtur neceſſario citatio. 2. per textum *in l. 1. §. ult. quando appellandum.* vbi dicitur ſi contra abſentem pronunciatum ſit, biduum ei currere à die ſcientiæ: quod ſanè de citato & contumaciter non comparente accipi nequit, cum a die ſcientiæ demum currat tempus: ſed & cui citatio inſinuata non eſt, & ita citationem factam ignorat, pro citato haberi non poteſt. 3. per *l. 1 C. quom. & quan. iudex.* quæ etiam contra abſentes ſolitum fuiſſe pronuntiari probat. 4. ex *l ult. C. eod tit.* ex qua oſtenditur ſufficere, quod lis inter præſentes fuerit inchoa-

ca-

ta; neque ſine divinatione citationem ad audiĕdam ſententiam præceſſiſſe, præſupponi poteſt, quod præſertim aliàs nulla eſſet ratio dubitandi, & fruſtrà Imp. cum præſente litem inchoatam, ſufficere reſcripſiſſet. 5 ex l. 4. C. d. proc. ubi dicitur ei contra quem abſentem iudicatum eſt reſtitui cauſæ defenſionem: adeoque ſententia non fuit ipſo iure nulla· licet ibi ſpecialis ſit caſus, quo omnia abſente marito in iudicio tractata fuerunt. 6. optimè facit *l. ult. C ſi per vim.* vbi reſcriptum eſt, ab abſente, nec imperiali reſcripto poſſeſsionem auferri debere, quoniam merita cauſarum partium aſſertione pandātur. Qui ſcil. locus docet neceſsitatem citādi partes inde eſſe, vt merita cauſæ cognoſcātur: quæ ratio cum ceſſat, vbi partes ſatis auditæ ſunt, & in cauſa concluſum eſt, conſequenter citatione opus nō erit Et hinc commodè explicantur textus *in l. 47. de re iud. l. 1. §. 3 quæ ſententia ſine appel. l 7. C. quom. & quā iudex*, quod ſc. præſentes opponantur iis qui nunquam fuerunt in iudicio, quorū intereſt quia de cauſa ſententia lata contra hæredes nō nocet legatariis *l. 14 in fin de appell.* (in quibus terminis ſatis diſertè loquitur *l. 29 § ult. d. minorib.*) vel his qui poſt litem conteſtatam ſtatim abſentes aut planè non aut nō ſatis auditi fuerunt, ad quos cōtumaces efficiendos trina citatione vel edicto peremptorio opus eſt, quo pertinet *l. 8. & 9. C. quom. & quando iudex.* Sed iterum pro communi ſententia movet, tū quod ex ratione iuris veteris in ſingulis actibus iudicialibus voce præconis partes citari ſolebant: tum textus *l. 27. §. 4 d. recept. arbitr.* vbi non niſi ex pacto jus eſt arbitro pronuntiare altero abſente. Neque difficilis reſponſio eſt *ad l. ult. C quom & quan iudex* quod ibi hoc quæri intelligatur, an omninò ſententia contra abſentē ferri potuerit, quod rectè affirmatur modò inter præſentes & ita rectè lis fuerit ſuſcepta: quoniam deficiente litis cōteſtatione ex ratione iuris ad ſententiam perveniri non poteſt, ſed aliis remediis contra latitantem & tergiverſantem ſuccurſum eſt Dicemus igitur in hoc caſu vbi de audienda ſententia agitur, non trina denuntiatione & edicto peremptorio opus eſſe, ſed ſufficere ſimplicem citationem & admonitionem ex *l. 2. C. quom. & quan. iudex* (in quo errat *Tr. p. 2. diſp. 23. theſ. 3. lit I.*) quoniam non ad eum finem ut aliquid à parte proponatur, ſed ut ſententia concepta audiatur, fit citatio Adeoque quatenus illi contumaces dicuntur, qui tertio evocati ſeſe non ſiſtunt, ſententiam etiam contra abſentem citatum, & cum tamen non contumacem pronuntiari poſſe.

In Camera ſatis eſt partes ſemel.] Cur in Camera ſufficiat citatio ad totam cauſam, hāc rationem reddit Treut. quod citatio Imperatoris habeat vim peremptorii: Atquin hæc ipſa aſſertio liquida fortaſſis ſatis nō eſt: vel quod trina illa citatio requiritur ad effectum, vt quis in vera cōtumacia conſtituatur, quod nō variatur ex perſona citantis, vel etiā quod de Imperatoris mente, an illam ſimplicē citationē vim peremptorii habere velit non ſatis conſtare poteſt. Verū admiſſa iſta propoſitione, ratio minimè cōcludit, neque efficit, ad audiendā ſententiā nova opus non eſſe citatione. 1. quia citatio habet vim peremptorii ratione illius actus, ad quem fit citatio, minimè autē effectū ſuum ad alios actus diuerſos portigere poteſt: & adeò licet concedatur unam citationem Imperatoris, qua v c reus ad comparēdū vocatur, ſufficere, ea tamē propterea non operabitur, vt nulla citatione ad ſententiam audiendā opus ſit ſed efficiet, vt ſiquidem ad audiendam ſententiā trina citatione opus eſt, vt quidem putat *Tr. inf p. 2. diſp 23. theſ. 3. lit I.* Imperatorem ſemel citaſſe ſit ſatis 2. quia non tantum in Camera, ſed etiam in aliis principum ſupremis provincialibus dicaſteriis idem obſervatur, vt partes tantum ſemel initio litis ad totam cauſam citentur: quia ſcil. cum in illis iudiciis certi præfixi ſint ad ſingulos iudicii actus expediendos termini, partes terminos iſtos obſervare poſſunt & tenentur.

Quomodo inſtantia ab actione] Hæc duo differre extra controverſiam eſt Verum Tr haud ſcio an latius progredi & ita accipere videatur *l. 13. C. h. tit* quod trienniumillud tantum ad inſtantiam perimendam, non ad ipſam litem finiendā pertineat. Quod tamen vno tantum caſu verum videtur, vbi abſente & ceſſante actore, nondum ſatis, ex quo de meritis cauſæ conſtare poſſit, in iudicium eſt deductum, iuxta *d. l. 13. §. 2. verſ. & ſiquidem nihil. C. h. t.*

THESIS XVI.

Lit. A.

Prævio iuramento.] Textus eſt generalis *l. 13 §. 9. C. h t & Nov. 82. c. 10.* vbi oppoſitio de cōpenſandis ex cauſa expenſis, ſatis arguere videtur: vbi non compenſantur, iuramentum eſſe præſtandum: & facit quod aliter quàm per iuramētū expenſarū ratio probari vix poſſit. Debet autem index facta expenſarum deſignatione, eas taxare, & ſuper iis probandis iuramētū deferre:

quam taxationem neceſſariam eſſe tradit *Iaſ. in l.13.§ ſive autem alterutra. C h.tit.col.* 8. atque ita accipiendum eſt quod ait Tr. quod iudex iuramentum, ſive æſtimationem juramento factam ſequi teneatur.

Lit. B.

An hoc etiam in criminalibus.] Triplex circa hoc opinio eſt, duæ extremæ: tertia media Primo quod nullo modo in criminalibus iudiciis præſtentur impenſæ, nec ab accuſatore ſuccumbente. Secunda, quod omnimodò præſtentur: etiam ex parte rei condemnati. Tertia, quod reficiantur expenſæ reo quidem abſoluto, ſed non accuſatori, licet vincenti. Primam tenuit olim Iacob. Butrigar. vt referunt *Bart. Bal & alij in l. non ignoret. C. de fructib. & litium exp.* quem ſequutus eſt *Fach.1. controv.42.* tum per *d 4 l.4.* in qua ita opponuntur cauſæ criminales & civiles, vt in illis actor pœna calumniæ, in his ob expẽſas & ſumptus teneatur: tum quod, vt ſæpius ingerit Fachin nullo iure hoc cautum ſit, quod in criminalibus præſtentur impenſæ. Quæ poſterior quidem ratio inepta eſt, quod etiam deficiente omni textu, ſatis eſſet manifeſta ratio, quod utique iniquum foret calumniam accuſatoris obeſſe innocenti reo, vt hic iacturam ſumptuum ſuſtinere cogatur: quod & not. *Salic. in l. ult. C. de fruct. & lit. exp. n* 2. neque ſatisfit reo pœna calumniæ vel talionis, quæ vindictam publicam reſpicit: ipſe autem impenſas petẽdo damnum rei familiaris & intereſſe privatum perſequitur, vt rectiſſimè reſpondit Cyn. *in l 3. C. qui accuſare non poſſunt.* & vulgatiſſimum eſt quod irrogatio pœnæ ad vindictam publicam, non conſumat perſequutionem eius quod intereſt privatim. Sed & nõ obſcurus textus eſt pro hac ſententia *in l qui crimen.3. C. d his qui accuſare non poſſ.* vbi in iiſdem terminis præter extraordinariam pœnam ſumptus litis præſtandi ſunt ab accuſatore. Vt proinde frivolum ſit, quod Fachin. ſpeciale eſſe ait in accuſatore contumace, cum utique & hic incidat in Turpillianum: & ſi pœna calumniæ quam ſuſtinet accuſator, ſatis eſt, vt ne cogatur præſtare expenſas, etiam ſatis eſſe poterit pœna Turpilliani vel extraordinaria cõtra *d.l.1. C. qui accuſare non poſſunt.* Quin & ut ex Canoniſtis refert. *Bal. in l. 4. C. d. lit. exp.* magis peccat qui temere inſiſtit quam qui deſiſtit. Quod autem attinet *ad d.l 4.* in qua ſola Butrigar. olim ſententiæ ſuæ poſuit fundamentum, reſpondendum eſt vel cum *Salic. ibid.* ideo factã circa ſumptus tantum civilium cauſarum mentionem, quod ex ratione juris veteris, quo nomine ſumptuum decimaria actio competebat, maius hic erat dubiũ: vel cum *Bart. & Caſt. ibid.* non valere ibi argumentum à contrario ſenſu: quæ reſponſio inde fulcienda eſt, quod propoſitum fuerit Imperatori tantum proponere pœnam principalem & præcipuam, quæ ex legibus manet actorem ſuccumbentem in cauſis civilibus & criminalibus. Tertia ſententia plus habet rationis, quia accuſator ſponte proſilit ad judicium & hic non intereſſe ſuum, ſed publicã vindictam perſequitur, vt proinde à reo, quẽ non tanquam ſibi ſed reipubl. ad pœnam obligatum in iudicium deducit, expenſas jure petere non videatur. Eaque videtur ſententia Cyn *in l.3. C. qui accuſare non poſſunt. num.9.* dum quærit an in cauſa criminali veniant expenſæ ſaltem ex parte accuſatoris Attamen ſententiam ſecundo loco propoſitam, quod etiam accuſatori præſtandæ ſint impenſæ, communius tenent Doctores, probante & atteſtante *Iaſ. in l.13.§.6. C. h.t. col 7.* per textum generalem *in d l.13 §.6.* vbi Iuſtin. in genere conſtituit, vt victus victori præſtet expenſas, in cuius legis principio etiam criminaliũ cauſarum fit mentio. Et amplius facit non tam textus *in l 5. C. de fruct. & lit. expenſ* qui à Cuiacio ex ſynopſi Baſilicorum inſertus eſt, & aliàs etiã ad cauſas civiles commodè referri poteſt, quam potius textus *in l. ult. C d. t.* vbi ſancit Iuſtin. vt qui privilegium conſequutus eſt, vt ne conventus impenſas præſtet, idem ſi alium conveniet, ſive in civili ſive in criminali cauſa, ab eo expẽſas itidem non conſequatur: ex quo alias in cauſa criminali, victum impenſas præſtare debere infertur. Licet enim cauſa criminalis ibi explicari poſſit de cauſa civili, ob delictum intentata, arg. eius, quod ibi dicitur *obnoxios ſibi, &c.* cũ in cauſa verè criminali reus non actori, ſed magis reipublicæ obnoxius ſit, quæ verba ad hoc expendit *Baldus in d. l ult. C d. fructib. & lit. expenſ.* attamen ita ſubtiliter ea verba non accepiſſe videtur Iuſtin. & ſuo modo etiam in criminalibus reus actori obnoxius dici poteſt: neque fortaſſis abſurdum ſit, accuſatori etiamſi operam Reipubl. præſtat, impenſas ex bonis rei refundi. Vbi tamen fortaſſis an diſtingui poſſit inter cauſas criminales ex quibus pœna pecuniaria, vel corporalis, maximè capitalis, mors ſive naturalis ſive civilis ſequatur: quomodo in terminis diſtinguit *Bald in d. l 4. C de fructibus & lit. expenſ.* licet *Salic. in l ult d. t. nu 2* etiam in caſu confiſcatorum bonorum, accuſatori ex publico cenſeat impen-

Digitized by Google

impenſas accuſationis eſſe reſtituendas.

LIT. C.

Tunc enim actor etiamſi victor.] Petendum eſt ex citato Fachin. quomodo hinc Iaſ. & alij diſſentiant. Nimirum circa explicationem *l. properandum* §. *& ſiquidem verſ. ſin. autem ex geſtis C. h. t.* in duas abiuere opiniones Iohann. & Placent. Ille, vt explicat *Accurſ. in verbo, excipiendis,* hoc Iuſtin. voluiſſe cenſuit, expenſas reo factas deducendas de expenſis actoris, & ita reuera reum condemnari in expenſas, quas actor fecit, vt ſaltem ex ea ſumma deducantur, quas ipſe reus ſe feciſſe probauerit: pro qua ſententia facit, quod *in d. l. properandam* § *ſiue autem* 6. indiſtinctè traditur. victum in expenſas eſſe damnādum, etiamſi alterutra parte abſente controuerſia ſit deciſa. Et hanc ſententiam ſequitur etiam *Cyn. d. §. & ſiquidem, & Caſtrenſ. d. verſ. ſin. autem ex geſtis in fin. & Baldus in princ. d. §. & ſiquidem,* vbi hoc ſummarium proponit ex mente Iohann. quod vincens non recuperet expenſas vſque ad concurrentē quantitatem expenſarum a reo factarum: & ita omnes tenere loc citat. teſtatur Iaſon. excepto, vt ibidem addit vno Salicet qui *in fin ad* §. pauciſſimis verbo adducto capit, calumniam de pœnis, dicat, inquit, mihi Iohann. quod ſi reus eſſet abſolutus ab expenſis actoris propter iuſtam cauſam litigandi, quomodo ſuas tunc deduceret non video, niſi de quantitate principali. Et ſanè Placent. opinio verior eſt: quod Iuſtin. cum à reo iuramentum ſuper expenſis præſtari, & hanc partem contumaci actori infligi ſanciat, quomodo alijs locis eiuſdē legis victū, eodem in illa ſpecie victorem in expenſas condemnari velle intelligendus eſt, & apparetà Iuſtin quod ad punctum expenſarum, in ea ſpecie actoris contumacis idem ius ſtatui, ſiue reus abſolutus, ſiue condemnatus proponatur: & amplius cum veroſimiliter à reo vpote præſente maiores fiant expenſæ, illa tamen ratio deducendi, quam Iohan probat, non niſi vbi actor plus expendit, locum habet. Neque obſtat *d. §. 6,* quem etiam Fachin. rectè accepit de eo caſu, vbi præſente ſententia lata.

LIT. D.

Qui pro ſe habet conſilia.] Hoc quidem Iaſon. tradit, & amplius, ſufficere etiam vnius Dd. ſcribentis auctoritatem. Sed vtrumque dubium videtur, quod in tanta diuerſitate & copia ſcribētium, vix vlla etiam abſurda opinio careat aſſertore, ita futurum ſit, vt vix quiſquam in expenſas condemnetur: cum etiam alias conſilijs Dd in quibus multa fauori dari ſolent: minus autoritatis tribuatur.

Cauſa non inſeritur ſpeciatim.] Conſuetudinem hanc, vt tantum in genere ex iuſtis cauſis impenſas compenſari ſententiæ adijciatur, iure repugnare cenſet Tr. poſt *Sichard in ſepe d. l. properandum §. ſiue autem alterutra n. 13.* vbi plures allegat. Atqui cum regulare ſit, vt cauſa non inſeratur ſententiæ, idem de ſententia ſuper expenſis compenſandis ſtatui poterit, non obſtante, qua Tr. vtitur *Nou 82. c. 10.* vbi hoc ſaltem traditur, quod iudex nominatim compenſationem expenſarum ſententiæ inſerere debeat, cauſam autem eius rei adijciendam eſſe nō traditur.

Quid ſi ab initio.] Communis nimirum hæc ſententia eſt, vt etiam qui perrexit cognita iniuſtitia cauſæ in expenſas prioris temporis non condemnetur. Mihi tamen magis arridet ſententia *Dec in l. qui alterius, 24. de reg. iur. num. 8.* vt teneatur in omnes: quia ex quo cognita cauſæ iniuſtitia, non deſtitit, quo caſu ab expenſis abſoluendus eſſet, ſed litem improbè continuanit improbitas iſta meritò ipſi nocere, & ad initium litis retrahi debet: ſiquidem, quod bene, vt bene Decius, præſumatur, quod ſi à principio iniuſtam litem ſciuiſſet, eam tamen in iudicium deducturus fuiſſet.

Si is qui in priori.] Malim generaliter affirmari, eum qui in prima inſtantia vicit, iuſtam litigandi cauſam in ſecunda inſtantia habere videri; quippe cum pro ſententia iudicis præſumatur, neque adeo prouocatus temere ius ſuum in defenſum relinquere debeat *arg. l. illud 40. d. petit. hæred.* niſi tamen in ſententia manifeſta iniuſtitia & iniquitate laboret.

Idque operatur clauſula.] Crediderim vt maximà hæc clauſula non adiecta, nec expenſæ nominatim petitæ fuerint, iudicem tamen poſſe imò debere ſuper expenſis pronuntiare: per textum *in d. Nov. 82. c. 10.* ibi *oportet expenſarum rationem iudices omninò examinare & in l. properandum § ſiue autem 6. C. h. t.* ſciant, inquit Iuſtin. omnes iudices, victum in expenſarum cauſa, victori eſſe condemnandum, communior tamen videtur opinio Dd. quod citra actionem illius clauſulæ expenſas non petitas iudex adiudicare non teneatur, per not. *Angel. in §. omnium Inſt. d. action. n. 7 verſ. additur etiam: de quo etiam Gail. 1. obſeru. 151. nu. 21, Mynſ. cent. 4. obſeru. 55. Sichard. in l. probandum §. ſiue autem alterutra C. d. iudic. nu. 19. & ibid. Iaſ. n 30.* Neque obſtat *d. l. 13 §. 6.*

 quia

quia præſupponendum eſt expenſas fuiſſe petitas, quod aliàs abſurdum ſit, vt, quod ibi ſancitur, iudex earum æſtimationem parti præſtare teneatur, & quod iudex ſuper expenſis iuramentum admittere, eaſque taxare iubetur, eas quoque petitas fuiſſe, non leue præbet argumentũ.

THESIS XVII.

LIT. A.

Non ad officium iudicis.] Nimirum officium iudicis duplex eſt: aliud venit incidenter, & non ſtat per ſe, ſed ſubſeruit actiõi: aliud venit principaliter. Illud mercenarium, hoc nobile, verbis quidem minus commodis, ſed quæ docẽdi cauſa tolerari poſſunt. Dd. appellare ſolent. De illo res liquida eſt, quod actionis vice nõ fungatur, hoc autem, ſeu potius implorationem huius officij, actionis inſtar habere, probatur: *ex l. 37 de oblig. & act. & not. Iaſ. ad pr. inſt. act. n 54. & ſeqq.* actio tamen non eſt: quod ipſi Dd. quibus hic iniuriam facit Tr. docent *in l. 1. de iuriſd. Bart. & Caſtr. & Bald. ibid.* hanc eſſe ait veritatem, quod iuxta ſententiam Iohan. actio non ſit, ideoque monent, non eſſe concludendum, quod pars aduerſa, ſed quod ipſe iudex aliquid facere debeat. Idq; maximè obtinet in eo iudicis officio, quod iure, vt ita loquar, formatum & conſtitutũ eſt: cum aliud ſit, quod per modum ſimplicis gratiæ impertitur magiſtratus: de quo demum rectè dicitur, quod naſcatur ex æquitate. Cæterum tertia ſpecies officij aduerſarij ineptè adijcitur à *Bart. in d. l. 1 d iuriſd. ex l. 38. & vlt. de petit. hared.* ſiquidem ea ſpecies eſt officij mercenarij, quo iudex actioni toti, etiam qua reſpicit reum eiuſque exceptiones, ſubſeruit, adeoque exceptiones in bonæ fidei iudicis, etiam formulæ non inſertas, admitti *d. l. 38 & vlt d. pet. hared.* de cuius explicatione agitur *diſp. 14. th. 9.*

Præiudicium quid ſit. Allegatur hic inter alios Vulteius, qui præiudiciales actiones perſonales eſſe contendit, quæ ſententia proponitur & refutabitur *infr. p. 2. diſp. 26. th. 4. lit. A.*

LIT. C.

Excepto diffamationis iudicio.] A regula, quòd actor ſequatur forum rei, inſubtiliter imò malè excipit cauſam diffamationis: quia imò reus hic non actoris, ſed actor forum illius ſequitur: & hoc ſaltem ſpeciale, quod prætenſus actor ſiue diffamator ſub præiudicio & comminatione perpetui ſilentij, actionem ſuam, & quidem in foro rei, inſtituere & proponere cogitur: & diſceptatio ſiue imploratio, qua diffamatus terminum ad agendum diffamanti præfigi petit, iudicium appellari non meretur.

LIT. D.

Quod hodie non licet.] Minus recta eſt hæc oppoſitio, quod ſc. præmiſſum à Tr. de iudicibus ſibi non liquere iurantibus, ad iudices pedaneos: quod autem ſequitur, ad ordinarios magiſtratus, quibus præciſa iuris reddendi neceſſitas impoſita eſt, pertinet: licet etiam diuerſus caſus ſit, quo inferiores iudices, acta mittunt ad ſuperiores.

DISPUTATIO XIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Reſpondente

IOANNE Drachſtedt/ Hall. Saxone.

THESIS I.

LIT. B.

IMmerito.] Spectata intentione agentis: Cæteroquin etiam à iuſtè exheredato querela moueri poteſt: quod exitus iudicij oſtendit.

Exheredatis.] Sub hoc verbo etiam comprehendit præteritionem parentum in linea materna: quod admitti poteſt, non ex proprietate vocis quæ repugnat, ſed ratione effectus de quo hic agitur: *arg. l. 12. in princ. d. bon. libert.* vbi præteritio dicitur ſilentio facta exheredatio.

Propriè in linea paterna.] Duo hic dicit Treutl. præteritionem paternam teſtamentum ipſo iure annihilare, ſed in linea materna præteritionem pro exheredatione eſſe. De vtroque iure nouo non ſatis conſtat: & de priori hactenus dubitatur an in caſu præteritionis illius legata debeãtur: quod affirmatur communius teſte *Claro q. 52 numer. 2* neque adeo aſurdè: ſiquidem, vt mox dicemus, teſtamentum non factum iuxta formam *N. 115 cap. 3.* ipſo iure nullum eſt: & perinde adeo quoad hunc effectum eſſe videtur, ſi filius præteritus, & iniuſtè exheredatus ſit: quod L. hoc caſu teſtamentum annullans exheredationem redigit ad inſtar præteritionis, imò taliter exheredatum pro præterito haber. Sed in contrarium facit, quod conſtitutio correctoria non extendenda, & verba *in princip. d. cap. 3. exheredare vel præterire.* ſubiectis

proprijs

proptijs commodè applicanda ſunt : quæ ſententia inde firmatur tum quod Iuſt. n. toto illo loco de teſtamento quod ante ipſo iure firmum erat, non obſcurè loqui videtur, tum quod dicit velle ſe vt non amplius liceat parentibus liberos exheredare vel præterire : ex quo colligitur Iuſtinianum corrigere ita ius vetus, vt non amplius liceat quod olim licebat : licebat autem olim ſaluo teſtamento exheredare filium patri, præterire matri ſed præterire patri ſaluo teſtamento non licebat. Et hanc multorum ex antiquis ſententiam fuiſſe, refert *Iaſ in Auth. ex cauſa. num* 1. ſed ipſe pro contraria communi opinione affert hoc argument. cui totum mundum reſpondere poſſe negat : quod exheredatus ſine cauſa habeatur pro præterito. Verum hoc quidem iure veteri manifeſtò falſum eſt : iure nouo ex comm. Dd. ſententia, verum quò ad effectum nullitatis inſtitutionis, ſaluis legatis : quod idem in præterito à patre obtinere, non ſequitur. In altero, de præteritione materna, eam hodie pro exheredatione non haberi, ſed ob eam, teſtamentum eſſe ipſo iure nullum, communis itidem ſententia eſt, *teſt. eod. Clar.* §. *teſtamentum q.* 47. eaque hinc confirmatur, quod præteritioni maternæ iuxta & exheredationi paternæ eandem formam præſcripſit Iuſtin. adeoque ſiquidem exheredatione non rite facta teſtamentum eſt nullum, idem de illa erit ſtatuendum, idque pro certo à Dd. haberi patet ex traditis à *Iaſon. in l ſi pater* 4. *c. de inſt. & ſubſtit. num.* 3 contra quam putat Treutl. d. diſput. 11 th 1. lit. C. efficietur tamen hinc, vt mater re ipſa liberos hodie exheredare cogatur: quoniam oratio talis, prætereo filium meum, quia manus mihi intulit, parum diſtat ab exheredatione, poſtquam in hac quoque nulla certa aut ſolennia verba deſiderantur. *l.* 3. *C. de lib. præterit.* quamuis hoc videatur ſufficere, ſi mater ſimpliciter & tantum, citra verba, prætereo filium, cauſam inſeruerit teſtamento, *de quo inf. th.* 10.

LIT. C.

Ad quod non deuenitur.] Obijci ſolet *l.* 14 *h. t.* iuncta *l.* 16. §. 1. *eod* & *l.* 1 *ſi à par. quis man.* Sed reſponſio vulgata ſumitur ex traditis *ad th.* 1. *diſp.* 11. quod extraordinarium remedium concurrat cum ordinario, ſi illud ſit pinguius expeditius vel plenius; eademque reſponſio eſt *ad l.* 8. §. 14.

Actionis tamen via] De hoc ſtatim dicemus ad lit. E.

LIT. D.

Quæſtio hic mouetur de cauſa efficiēte, & ex quo iure ſit querela. & eā alij iuri ciuili, alij prætorio, alij conſuetudinario, alij etiam mixto iuri adſcribunt, vt Vulteius *in Inſtit h t.* Primam opin. cum Cuiacio ſequitur Tr. cui obijcitur tum *l.* 8. *in prin. de bon poſſeſſ. cont. tabb.* vbi exhæredati negantur iure ciuili turbare teſtamentum : tum ratio, quod emancipatis, qui iure ciuili non ſuccedunt, querela datur, quæ tamen hoc ſaltem operatur, vt reducatur res ad cauſam inteſtati, quod remediū fruſtra detur emancipato eo iure, quo ab inteſtato ſuccedere nequit. Hæc quidē tanti viſa ſunt Vult. vt propterea querelam parū ſubtiliter iuri mixto ferret acceptā : & eſt quod iſtis reſponderi queat. Et quidem *in d. l.* 8. illud genus turbandi intelligendum eſt, quo præteriti turbant, quibus in ea ſpecie exhæredati opponuntur : vt ita ſenſus legis ſit, quem expreſſit *Gouean.* 1. *variar.* 6. exhæredati nec contra tabb. petunt, nec iniuſtum teſtamētum patris faciūt. Ad rationem variè reſpondetur. Tum quod etiā iure prætorio filius vtiq; non ſuccedat per querelam, per quam tantum reſcinditur teſtamentum : tum quod etiamſi querelam initio favorem ſuorum introductam eſſe dicamus, ea tamen poſtea ad emancipatos, quos ſuo iure præterire poterat, eos quaſi ad inſtar ſuorum redegerit, quod hi ab hæreditate, quæ ipſis iure ciuili non debetur, non niſi ſub qualitate ſuorum remoueri, & exhæredes ſcribi poſſe videntur : vt ita querela non detur emancipatis qua talibus, ſed tanquam paſſis iniuriam exhæredationis: & huc referri poteſt color ille furoris, quod ſc. pater filio licet emancipato, iure tamen naturali filio, hanc notam & iniuriam inuſſerit: quod etiam ad matres & lineā maternā pertinet. poſtquam ex SCto hic liberis ſucceſſio delata fuit. Neq; obſtat quod *in d. l.* 8. *in pr. de bon. poſſeſſ. cont. tabb* querela opponitur iuri ciuili : quia nihil abſurdi eſt iure ciuili quodā excluſum, velut ex l. XII. tab. alio remedio iuris ciuilis iuraui : quomodo contractus iure ciuili validus remedio *l.* 2. *C. de reſc. vend.* reſcinditur Magis obſtat quod emācipatus exhæredatus etiamſi querela vtatur, tamen ſine prætoris auxilio ſuccedere non poſſit, quod fruſtra ſit feciſſe patremfam. inteſtatū, ſi ipſe ab inteſtato ſuccedere nequeat: conſequitur autem bona beneficio bonorū poſſeſſionis, quam querelam moturus agnoſcit, & quæ ipſo vincente cum re eſſe incipit iuxta *l.* 6. §. 1. & *l.* 7. *h. tit.* Atqui ex quo iure eſt bonorum iſta

Digitized by Google

iſta poſſeſſio, fundamentum querelæ & præparatio: ex eo ipſa quoque querela eſſe videtur: neq; credendũ eſt quod ius ciuile prætorio alias potentius, imperfectam ediderit operationem, nudam querelam quæ ſine auxilio prætoris futura fuiſſet imperfecta, concedenda. Et exinde fortè arbitrari quis poſſit probabilem eſſe ſententiam Vulteij mixto iure querelam adſcribentis, quaſi vtrumque ius hic ceu ſymbolam ſuam contulerit. Et tamen ſentẽtia hęc parum fortaſſis videatur ſubtilis: quod diuerſa ſint remedia, querela & bonorum poſſeſſio, & alterutrum horum iurium, ſiue ciuile ſiue prætorium ſatis fuerit potẽs, vt plenè & perfectè liberis ſuccurreret. Neque abſurda ſententia eſt, quod per productionem, quia in ſuis nulla poſſeſſionis agnitione opus eſt, ad emancipatos querela fuerit producta. Nec valdè tamen repugnauerim, ſi quis iuri prætorio hoc remedium adſcribat: contra quam leue argumentum eſt Cuiacij, ex inſcriptione *l. 4 h. t* cum præſertim Cuiac. ad Claudiũ Glyciam legem illam referat, & à cognominib' legiſlatorum non ſolitæ fuerint leges appellari. Neque ſatis validum eſt argumentũ, quod Vulteius mouet, excedere hoc poteſtatẽ iuris prætorij, vt defectum faciat inteſtatum: ſiquidẽ dici poteſt fieri hoc non tam poteſtate querelæ, quã ſententiæ, qua magiſtratus teſtamẽtum tanquã à furioſo factum reſcindit. Neque obſtat quod querela dicitur eſſe ex legibus antiquis *l. 31. & 32. C. h. t. iuncta Nou. 18. c. 1. in fin.* quia licet aliàs per leges antiquas ius XII tab. veniat, id tamen in propoſito minimè veriſimile eſt, & magis probabile, quod Iuſtin. aliàs parum accuratè loqui ſolitus ſicut & in *l. vlt. C. h. t.* intelligat ſimpliciter leges priores, velut edicta prætorum & reſponſa prudentum. Exiſtimauerit fortè quis, eo iure introductam querelam, quo legitimæ quantitas conſtituta eſt. verum hoc iuxta in obſcuro eſt.

LIT. E.

Ait hic Tr. petitionem hæreditatis & querelam poſſe cumulari, ita vt petatur teſtamentum reſcindi & adiudicari hæreditas: & tamen lit C. via actionis proponendam eſſe querelã. Atqui cum actiones coram iudicibus pedaneis ex ratione iuris proponãtur, ius reſcindendi teſtamẽtum, horum iudicum poteſtatem excedere videtur: & verò querelam in iudicio centum virali propoſitam fuiſſe arg. *l. 13. h t.* & locus Cicer. 1. de oratore vbi inter cauſas centum virales refert iura teſtamentorum ruptorum & ratorum: ſed & formula & aliæ proprietates actionum, & ipſa definitio hic non ſatis conuenire videtur. Porrò cumulatio duarum diuerſarum actionũ, quales Tr. agnoſcit querelam & petitionem hæreditatis, rationi iuris noſtri non ſatis cõuenire videtur, & harum actionum cumulationi hoc quoque obſtat, quod per alteram alteri fiat præiudicium. Videamus annon ita ſtatui poſſit, querelam & petitionem hæreditatis, vt diuerſa quidem poſſe conſiderari: vel quod plerumque hæreditas petitur, vbi de inofficioſo nulla quæſtio eſt: vel quod etiam aliquando querela agit, qui ius ſuccedendi non habet: *l. 6. §. 1. hoc tit* & fortaſſis etiam exhæredatum querela & petitione hæreditatis ſeorſim vti potuiſſe, vnde & de vtraque in Digeſt. & C. ſeparati tituli ſunt: cæterum frequentius & expeditius hæc ita coniuncta fuiſſe, vt non duarum actionum, ſed vnius vicem obtinerent: idque inde firmatur, quod emancipatus' exhæredatus inſtituturus querelã prius debet agnoſcere bonorum poſſeſſionem: quo ſcilicet facto hæreditatem ex cauſa inofficioſi peteret. Vnde explico *l. 20. h. t.* vbi traditur, eum qui de inofficioſo dicit mouere poſſe petitionem hæreditatis: non quaſi inſtituta querela hæreditatem coram alio iudice petere, ſed quod hæreditatem ex cauſa inofficioſi petere poſſit: idque eſt quod dicitur *in l 34. C. h. t.* petitio hæreditatis nomine inofficioſi: eamque quaſi idẽtitatem probat *l. 15. in fin h. t.* vbi victor in iudicio querelæ ſtatim vtitur actionibus hæreditarijs: *& l 21 in fin. eod.* vbi per inofficioſi querelam dicitur euinci hæreditas *& l. 27. §. eod.* vbi per querelam dicuntur vindicari facultates: *& in l. 8. §. 8 h. t.* ibi, ſi dicam inofficioſam, hæreditatem debeo petere. Vnde explicari poteſt obſcurus aliàs locus *in l. 1. C. h. t.* vbi querela cõceditur aduerſus fidei commiſſarium, perinde ac ſi hic pro hærede vel pro poſſeſſore poſſideret: quæ propria nota eſt petitionis hæreditatis. Eaque fuit olim ſententia antiquorum, quam refert & malè improbat *Cyn. in d. l. 1. & Iaſ ib. n. 5.* quod querela inofficioſi teſtamenti & vtilis petitio hæreditatis in illo caſu ſonent idem: *& quod querela implicitam habeat petitionem hæreditatis.* Et hoc ſcil. reſpectu *in l. 12. in fin. & l. 15. §. 1.* & alibi, querelam actionem appellari intelligendũ eſt Neq; obſtat huic ſententiæ, quod cum petitio hæreditatis coram iudice pedaneo tractata fuerit, vt colligitur ex toto titulo de petitiõe hęreditatis, teſtamentum tamen a iudice tali non videatur potuiſſe reſcindi: quia reſpondeo, vel hoc abſurdum imò non eſſe, cum fiat autoritate prætoris

toris

Digitized by Google

toris qui iudicem dedit: vel quod non omnis petitio hæreditatis nec ſemper coram iudice pedaneo tractata fuit: ſiquidem teſt. Cic. *1.* de orat. teſtamentarias cauſas iudicium centum virale ſibi vindicauit: & ipſe Tr. diſp. ſeq. th. 4. lit. D. ait petitionem hæreditatis olim in iudicio centum virali agitatam fuiſſe, quod confirmatur *ex l. vlt. in pr. de petit. hæred.* & fortaſſis vbi de iure quæſtio incidit, ad iudicium cẽtum virale, vbi de facto, ad iudicem pedaneum prætor partes miſit. Non obſtat, quod poſt Dd mouet *Iaſ. in l. 1. C. h. t. numer.* 8. hæc duo iudicia non poſſe concurrere, quod querela agat non hæres contra verum hæredem, ſed petitione hæreditatis verus hæres contra non hæredem. Etenim adiectio & mentio inofficioſi facit. vt hæres ſcriptus pro iniuſto poſſeſſore, & ex aduerſo querelam intentans pro vero hærede ab inteſt. ſiue ciuili ſiue prætorio iure habeatur: ſiquidem pro qualitate perſonæ veluti ſi emancipatus ſit, aditione hæreditatis, aut petitione poſſeſſionis bonorum ad querelam præparandam opus eſt *l. 7. h. t.* vt adeo iure hæredis vel bonorum poſſeſſoris eam intentari neceſſariò conſequatur: quod etiam confirmatur *ex l. 2. C. h. t.* & facit quod teſtamentum ſub prætextu & colore furoris impugnetur. Secundũ quæ defendi poteſt, quod etiam ſimpliciter hæreditas hic rectè petatur, & obiecto ab hærede teſtamento, per replicationem querela inducatur. Falſa igitur eſt ſententia Dd. quam probat *Iaſon in d. l. 1. C. h. t. & ſequitur Ant. Fab. 17. coniectur. 1* querelam præcedere, petitionem hæreditatis ſequi debere: cui fini *Cyn. & Iaſ. in d. l. 1. & alij Dd.* verbum, *perinde,* pro *exinde,* ineptè interpretantur.

Lit. F.

Præcipua hac lit. quæſtio eſt, an teſtamentum non factum ſecundum *N. 115. c. 3* ſit ipſo iure validum necne. Prius affirmat Tr. hac lit. in F. dum ait, etiamſi ex iuſta cauſa non ſit facta exhæredatio, ſi tamen ritè facta ſit, teſtamẽtum adhuc per querelam eſſe reſcindendum. Equidem illud verum eſt, ex ratione iuris noſtri dupliciter exhæredationem conſiderari. & pro ſolennitate teſtamenti, & quatenus cum effectu remouet filium ab hæreditate: ſiquidem iure veteri etiam optimus & benè meritus fili⁹ ſaluo teſtamento poterat exhæredari. Verum Dd. communiter aliter ius eſſe putant poſt Nou 115. per quã Iuſtin formam iſtam exhæredationi dediſſe videtur, vt ex iuſtis fiat cauſis & in Nou. expreſſis, qua forma non ſeruata teſtamentum nullũ eſſe exiſtimãt: quod ſequutus eſt *Ant. Fab. dec. 14. err. 6.* vbi ait, quod nõ quælibet exhæredatio hodie ſufficiat ad implendam teſtamenti ſolennitatẽ, ſed quæ ſit qualificata & quę ſcil. habeat adiectã cauſam: à qua tamen recedit *dec. 39 err. 5.* contẽdens quod in Nou. 115. de illo tantum caſu agatur, quo teſtamentum ipſo iure firmum, & ex eo hæreditas adita eſt: & ibid ineptè duplicem facit querelam, veterem & Iuſtinianeã, & neſcio quæ commenta fingit, de nouo remedio a Iuſtin. in d Nou 115 introducto. Mihi Dd. ſententia ſimplicior eſſe videtur, vel quod Iuſtin in tam prolixo capite nullam querelæ facit mẽtionem: vel potius quod cauſa nulla vel iniuſta expreſſa, hæres non admittitur ad probandam ingratitudinem filij: quæ communis eſt Dd. ſententia, & fundatur in *l. 30. § 1. & l. 34. C h. t. Nou 115. c. 3. in pr. & fin.* vt adeò imaginaria & iudicis ſaltẽ cauſa inſtituta querela ſit futura, in qua perpetuò & neceſſariò obtineat filius. Quod verò tandem iudicium illud inofficioſi erit, in quo nihil hæredi opponere, neq; de ingratitudine filij liceat diſputare. fatuus itaque futurus ſit hæres, qui citatus compareat ad iudicium in quo nunquam vincere poſſit: ineptus etiã iudex qui eam actionem recipiat, in qua nulla cauſæ cognitio, nullæ vnquam partes ipſius aliæ futuræ ſint, quam vt condemnet. Et fruſtra hic affertur caſus filij abſtinentis & querela non agentis: quia non facilè hoc præſumitur facturus filius, & hic non de facto ſed iure, & de caſu querelæ inſtitutæ vel inſtituendæ diſputatur. Illa autem Dd. opinio. quã refert & probat *Iaſ in Auth ex cauſa C de liber præter in princ.* videtur inepta. qua teſtamẽtum quidem nullum eſſe ſtatuunt, audiri tamen hæredẽ ingratitudinem probaturum: vt ita filius ab inteſtato remoueatur, & tamen teſtamento ſcriptus maneat hæres. Sunt qui obiectioni ſuperiori ab abſurdo ductæ occurrunt exemplo poſthumorum ex ratione iuris veteris exhæredatorum. Verum replicari poſſe exiſtimo, vel, quod ius generale non potuerit mutari propter poſthumos: vel quod illo iure aliquando ex perſona alterius exhæredari quis poterat *l. 3. §. 5. de bon. poſſeſſ. contr. tabb.* vel deniq; quod poſthumus iure veteri etiam cũ effectu poterat exhæredari ſi ipſi quarta titulo particulari relicta fuiſſet *§. penul. Inſt h. t. & Nou. 18. c. 1 in fin.* quod hodie mutatum *d. Nou 115 c. 3.* Illud planè non obſtat ſententiæ Dd. quod in fin. *d. cap. 3* reſciſſum dicitur teſtamentũ: vel quia verbum reſcindere aliquãdo ſignificat nullum declarare, vt notant Dd *in l. 5. C.*

l. 5. C de reſcind. vend. quo ſenſu libertas nulliter data reuocari dicitur *L. 1. C. qui manum non poſſ.* & in conſtitutionibus Iuſtin. fruſtra accuratio illa deſideratur: vel quia reſpectu iuris veteris, quo firmum erat tale teſtamentum, & hodie poteſtate iuris quaſi reſcinditur ita locutus videri poteſt Iuſt. vel deniq; quia ſub irrito teſtamento, quæ vox in Græco textu extat, verbo generalius ſumpto, teſtamẽtum ab initio quoq; nullum, contineri docet *§ 5. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* Illud moueri poſſit, quod cum ex veriori ſentẽtia, de qua poſtea aliæ præter expreſſas cauſas in *c. 3 Nou. 115.* ſint admittẽdæ, cauſæq; adeò exhæredationis incertæ ſint, nõ videatur ſtatui poſſe, iuris poteſtate nullum eſſe teſtamentum. Verũ non propterea opus erit querela, ſed implorabitur officiũ iudicis, qui de iuſtitia cauſæ, an expreſſis maior æqualiſue ſit, cognoſcat: quo facto, approbata cauſa retro nullum cenſebitur teſtamentum. Quæ licet ita diſputari poſſunt, veniebat tamen in mẽtem tentare, nunquid interſit, an pater ſimpliciter exhæredauerit filium, maximè relicta legitima portione, an verò exhæredauerit ex cauſa etiam generali & non definita, quod circa ſe fuerit ingratus: vt illo quidem caſu non liceat hæredi obijcere & probare cauſam aliquam, hoc autem liceat. Quod probabile facit conſideratio iuris veteris & in eo mutando ſcopus Iuſt. *in d. Nou. 115 c. 3*, quia ſcil. iure veteri licebat exhæredare etiam optimum filium cũ effectu, ſi legitima ſaltem relicta fuiſſet quocunq; titulo: hoc nimirum tollit Iuſt. *in d. Nou. 115.* & ad hunc caſum etiam pertinere exiſtimandum eſt, quod hæredi negatur ius obijciendi ingratitudinem, quod præſumitur teſtator non quod ingratus eſſet filius, ſed tantum pro ſolẽnitate teſtamenti exhæredationem feciſſe. Hæc autem ratio ceſſat, quando pater filium ingratum dicit, eumq; exhæredat: quo caſu non audiri hæredẽ, ingratitudinis probationem offerentem, fuerit per abſurdum. Idq; confirmo ex *d l. 30. in fin. pr. Cod. h.* vbi remouetur filius, quem pater arguit ingratum, & tum demum non permittitur hæredi quæſtionẽ ingrati introducere, ſi pater nullam omninò filij tanquam ingrati fecerit mẽtionem. Hoc enim ita iuxta tenorem verborum interpretor, vt ſufficiat etiam in genere citra ſpecialis cauſæ expreſſionem filium ingratũ arguiſſe: Et ſanè tria innouare *in d. Nou. 115. c. 3.* Iuſtiniano propoſitum fuiſſe videtur. 1. certas ingratitudinis cauſas exprimere. 2. iniuriam exhæredationis tollere, vt non ſufficiat relicta legitima titulo particulari quomodocunque liberos exhæredare. 3 legata, vtcunque corruat inſtitutio conſeruare: & igitur cætera diſpoſitiõi iuris antiqui relicta intelligentur. Secundũ quæ media hæc erit inter quorundã neotericorũ & Dd. vulgò ſententiã: vt ſimpliciter exhæredato filio teſtamentũ ſit nullũ, adiecta autem ingratitudinis mentione etiã in genere, querela ſit experiẽdũ.

Et hodie in linea tam recta.] Ait etiam hodie in linea tam recta quam tranſuerſali locum eſſe querelæ, & in allegatis ſubijcit hoc ita obtinere, quando ex iuſta cauſa exhæredatio facta eſt, quæ ab hærede nequeat probari. Atquin hoc malè ad vtramque lineam refertur: cum in tranſuerſali etiam non expreſſa cauſa, etiam præterito fratre teſtamẽtum ipſo iure ſubſiſtat. Sed forſaſſis Tr. hoc poſterius tantum de linea recta intellexit, cum Dd. quorum hanc ſententiã refert *Clar. in §. teſtam q. 4. n. 4. & 5.* quod vbi cauſa etiã legitima inſerta eſt, ſed non probata ab hærede, teſtamentum ſit impugnandum per querelam: cæteroquin ea probata inanis ſit querela. Quod parum ſubtiliter dici videtur: quia propriè loquendo à probatione, an querela opus ſit, dependere non poteſt: & rectius dicitur, quandocunq; iuſta cauſa adiecta eſt, querela eſſe opus, in cuius videlicet iudicio de veritate cauſæ diſceptetur. Niſi fortè quis exiſtimauerit, cum eſt ſententia N 115. teſtamentum regulariter nullũ ſit etiam hoc caſu iuſtæ adiectæ cauſæ, querelã inſtituendam non eſſe, ſed ex officio ſaltem, an cauſa vera ſit, inquirendum eſſe: quo poſito obtinebit ſententia Martini, cuius à Tr. facta eſt mentio, querelæ hic locum non eſſe. In eo autẽ manifeſtò ſibi cõtradicit Tr. dum Dd ſequitur, qui expreſſa demum cauſa iuſta, quæ ab hærede probari nequeat, locum querelæ faciunt, & tamẽ in fin lit. cum Donell. & Duaren. etiam ſi nulla vel iniuſta cauſa adiecta ſit, per querelam teſtamentum infirmandũ eſſe ſtatuit: quæ quidẽ duo ſimul conſiſtere non poſſunt. Cæterum in linea recta, non tantum quærendum eſt de teſtamentis parentum, ſed etiam liberorum: an, ſi hi vel præterierint parentes, vel adiecta iniuſta, & c. 4. d. N. 115. non probata cauſa exhæredauerint, teſtamentum ipſo iure nullum, an per querelam ſit reſcindendum. Et prius commune & verius, & d. c. 4. conuenientius eſt: quod *Iuſtin. eod. modo in pr. d. c. 4.* non licere liberis parentes ſuos præterire aut à rebus proprijs alienare: & in fin § contra factum ſit, perinde vt in *c. 3. § vlt.* nullam vim eiuſmodi teſtamentum habere conſtituit.

THE-

Digitized by Google

THESIS II.

Lit. A.

Sive emancipati ſunt.] Cum dixiſſet querelam dari liberis vtriuſq; ſexus, ſubiicit id hodie verũ eſſe etiam in emancipatis. Parũ ſubtiliter, quod dubium non ſit, etiam iure veteri emancipatis exhæredatis datam fuiſſe querelam per Tex. generalem *in l.8 in pr. de bon poſſ. contra tabb.* & ſpecialem de emancipatis *in l.7. in fi h.t.*

Quod vulgo de iam natis.] In vtramque partem diſputat Treut. an poſthumus hodie exhæredari ſalvo teſtamento poſſit. Et ipſe quidem in affirmativam videtur proclivior: cæterũ negativa præcedentibus conſequens eſt: quod hodie non ſimplex, ſed qualificata exhæredatio requiratur ad ſuſtinendum teſtamentum, & poſthumo ſive iam nato doli incapaci nec ſpecialiter nec generaliter cauſa ingratitudinis adſcribi poſſit *Caſtr. in l.2. D h.t n.8 & 9.* Poſita autẽ ſententia, quam Tr. in extremo th. præced. ſequitur, neceſſariò affirmativa ponenda eſt: ſiquidem illa admiſſa, hodieque exhæredatio ſimplex ad ſolennitatem teſtamenti ſufficiet. Prout itaque aut Dd. aut Neotericorum quorundam ſequaris ſententiam, ita hæc quæſtio certò aut neganda aut affirmanda, non autem, vt Tr. facit dubitanter de ea diſputandum eſt.

Lit. B.

Hoc eſt ab aſcendentibus adoptati.] Quod de legitimis tantum dixerat, iis competere querelã, non rectè reſtringit ad adoptatos ab aſcendente: quoniam idem locum habebit in arrogatis quibuſcunque, in quibus vetera iura cum Iuſtin. intacta reliquerit illi conſequẽter poteſtati patriæ plenè & perfectè etiam hodie ſubijciuntur. Neque obſtat *l.5.§.15 h.t.* quia ſpeciale eſt in pubere arrogato qui eum quartam ex l habeat, querela non vtitur, ſicut nec alius, qui eam ex voluntate teſtatoris accepit: in aliis autem arrogatis ius commune obtinebit.

Lit. C.

Niſi deficientibus legitimis.] Falſa videtur hæc ſententia, quòd liberis naturalibus tantum detur querela inofficioſi. contra teſtamentum patris, ſi liberi legitimi & iuſta uxor deficiant, ſiquidem hi & civili & prætorio iure licitè & liberè præteriri poſſunt. Nec video quid pro Tr. facere poſſint *l.23. & ſeqq. de ſtatu hom* Nec pro eo facit *N.89.c.12.§.4.* quoniam quod ibi de caſu ſucceſſionis ab inteſtato traditur, ad eum caſum quo teſtamento facto alius hæres ſcriptus eſt, minime eſt extendendum, quod etiam diſertè ſcribit poſt alios *Caſtr. in l ſi qua illuſtris pen. C. ad SC Orphit.* ꝙ ſcil. naturales nunquã ad querelã cõtra patris teſtamentũ admittantur. Nihil planè facit *§.2. Inſt. h.t.* quoniam vulgatũ eſt, quod naturales liberi, vbi opponuntur legitimis tantum, ſignificent ex iuſto matrimonio natos, velut *in pr. Inſt de adoption.*

Ipſo ſi mater ſit illuſtr.] Liberis naturalibus contra Teſtamentum matris illuſtris negat querelam, proculdubio ex *l. ſi qua illuſtris pen C. ad SC. Orphit.* verum illa nominatim excludit liberos ſpurios incerto patre natos, qui à naturalib. planè ſunt diverſi, & quibus Dd poſt *Gloſſ.* nominatim *Bart. Salic. & Caſtrenſ. d. l pen.* contra teſtamentum etiam illuſtris matris querelam cõcedunt. Et ſane correctoria lex & in ſpecie de ſpuriis loquens, ad caſum diverſum liberorum naturalium ex concubina natorum temere trahẽda non eſt: & cum Iuſtin *in d.l.* non obſcurè eandem ſtatuat rationem matris illuſtris & ingenuæ, hæc etiam ex ratione iuris veteris in concubinatu eſſe potuit præcedente reſtatione *l.3. in pr. de concubin.* Deinde Treut. indiſtinctè negat querelam: cum tamen Iuſtin. *in d.l.pen.* nominatim loquatur de caſu extantium aliorum legitimorum liberorum: eoque à contrario ſenſu his nõ exiſtentibus liberi etiam ſpurii ad ſucceſſionem, & porrò præteriti ad querelam contra teſtamentum matris illuſtris admittentur: quæ ex hac ipſa ratione ſententia eſt *Dd. Cyn. Bart. Salic. & Caſtrenſ. in d l.pen.* In eo autem errat Cyn. ibid. quod textum *in d.l.pen.* reſtringit ad caſum ſucceſſionis ab inteſtato, & non obſcurè etiam ſpuriis, etiam ubi alii liberi extant, adverſus teſtamentum matris illuſtris querelam concedit: cum tamen difficilius videatur, vt quis ad querelam, quam ad ſucceſſionem ab inteſtato admittatur.

THESIS III.

Lit. A.

Cum exhæredantur.] Intellige iuxta acceptionem, qua uſus eſt theſ 1. lit B. vt etiam comprehendatur caſus præteritionis.

Vnde rectè colligitur.] Ait ex *l 14 .h.t.* rectè colligi, quod in querela adverſus teſtamentũ patris, filii exheredati præponãtur avo præterito & hic demum illis excluſis admittatur. Quæ collectio parũ videtur ſubtilis: quia quod expreſſa verba textus habẽt, id min⁹ rectè colligi dicitur: & ex manifeſta & certa ſucceſſionis ratione (agitur autẽ ibi de filio emãcipato) potior eſt linea deſcendens.

illis derogandam ſufficere concedendũ non eſt. Movetur V. à Tr. *d p. 2.* quod iudex notorij etiã non allegati poſſit & debeat habere rationẽ. R. abſurdè hic proponi notorium eſſe, quod judex ſolus ſcit, aut ſe ſcire prætendit: cum in illa propoſitione notoriũ intelligatur, quod liquidum, & apud omnes ferè conſtat, & in evidentia quadam rei facti ve conſiſtit. Fruſtra autẽ affertur *l. 79. d. iud.* quæ hoc ſaltem probat, multa in quæſtione facti arbitrio iudicum permitti: & q in ea ſpecie præſes ſuper facto conſulitur, de eo iudicẽ incertũ fuiſſe ſatis evincit. Deniq; *in Auth. hodie C. h. tit* æquius melius minimè opponitur actis & probatis: in hoc tamen vitioſè illa Auth. concepta & conſtitutioni *l. 14. in pr. C. h. t.* ſubiecta eſt, quaſi hodie judices ſecundum leges judicare nõ tenerentur: cum Nov ex qua illa auth. deſumpta eſt loquatur de magiſtratibus, quibus integræ provinciæ adminiſtratio commiſſa eſt. Vtcunq; autẽ hæc ita ſe habeant, minimè tamen ſuaſerim iudici cõtra conſcientiam ſuam judicare, & vix verum crediderim, quod ſcribit *Cyn. in l 1 in fi. C. vt quæ deſunt advocatis*, in foro poli etiam excuſatum eſſe, qui ſecundum acta & probata, eũ quem ſcit eſſe innocentẽ, condemnat. Ideoque hic rectius fecerit judex, ſi abſtineat iudicio. & teſtimonio ſuo partem adiuvet: quod licet ſingularis ſit, tamen & autoritate & circumſtantiarũ explicatione iudicem movere poſſit, cum aliàs poſt ſententiam à ſe latam teſtimonium eius nullius ſit futurum momenti. Rectè etiam fecerit, ſi rem deferat ad ſuperiorem, qui vel autoritate ſua rem componat, vel rem differat, dum veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat. Quod poſterius cautius fortaſſis judex ſupremus, ſi coram ipſo cauſa ventiletur, obſervabit, quam ut contra probata in judicando nudam conſcientiam ſequatur, quã poteſtatem ipſi facit *Tr. poſt Cyn. & Sichard. in d. l. 1. in fi. C. vt quæ deſunt advocatis.*

Veram conſcientiam intelligo.] Ait ſe intelligere conſcientiam publicam legibusque munitam. Quod quale ſit, aut non intelligo, aut hæc ſententiam contrarium ſibi Trm, & ineptam facit hanc quæſtionem. Equidem Dd per ſcientiam & conſcientiam publicam & legibus munitam, eam ſcientiam intelligunt, quæ ex actis probatis provenit: cæterum cum actis & probatis in hac materia ſcientia & conſcientia iudicis opponitur hæc publica & legibus munita citra contradictionis implicationem, appellari non poteſt.

Alias enim magis, &c.] Hæc quæ ſequuntur non rectè ſubijciuntur ei caſui quo nõ eſt locus appellationi, ſed eo pertinent, quod judex non ſatis benè conſulturus ſit parti innocenti (& tamen etiam de parte nocente quæſtio hæc incedere poteſt) ſi eam cõtra acta & probata ſecundum conſcientiam abſolvat: quod iudex appellationis, cuius eadem ſcientia non ſit, actorum fidem potius ſit ſecuturus.

Principem poſſe iudicare.] Ita accipiendum eſt, quod in th. proponitur, ſi à ſententia appellari nequeat: quod appellationi & pacto renuntiari poſſit, & aliis quoque caſibus ei locus non ſit, ad quos hæc deciſio non rectè accommodaretur.

Qua ratione rectiſſimè, &c.] Si verba ſequimur, hoc dicit Tr. inferiorem judicem ſecundum acta & probata, principem ſecundum conſcientiam iudicare debere Hoc verò nec ſimpliciter admittendum eſt, & pugnat cum iis, quæ in *th. lit. E.* proponuntur. Neque intelligo, quo ſenſu hæc à Dd. divelli dicat, à quibus hoc de iudice inferiori quæritur, & principem ſupremum ſecundũm conſcientiam neglectis actis judicare conceditur.

THESIS XV.

Lit. B.

Non item prorogari.] Equidem utilitatis publicæ cauſa triennium hoc introductum videtur: non tamen dubito vel præcipuè conſideratum favorem partium, ne nimis diu extrahantur: vt fortaſſis probabiliter defendi poſſit, partibus non urgentibus nec inſtantibus hoc triennium produci poſſe, *arg. l. 13 §. & ſiquidem 2. C. h t.* ibi, *parte fugiente actoris abſentiam incuſante.*

Lit. C.

Proponitur hic, quod vulgò ob omnibus liquidiſſimũ habetur partibus non citatis ad audiendam ſententiam, hanc ipſo jure eſſe nullã. Quæ opinio dubia redditur. 1 quod ad ſingulos actus judiciales non videtur neceſſario citatio. 2. per textum *in l. 1. § ult. quando appellandum.* vbi dicitur ſi contra abſentem pronuntiatum ſit, biduum ei currere à die ſcientiæ: quod ſanè de citato & contumaciter non comparente accipi nequit, cum à die ſcientiæ demum currat tempus: ſed & cui citatio inſinuata non eſt, & ita citationem factam ignorat, pro citato haberi non poteſt. 3. per *l. 1 C quom. & quan iudex.* quæ etiam contra abſentes ſolitum fuiſſe pronuntiari probat. 4. ex *l ult. C. eod tit* ex qua oſtenditur ſufficere, quod lis inter præſentes fuerit inchoata:

ta; neque ſine divinatione citationem ad audiẽdam ſententiam præceſſiſſe, præſupponi poteſt, quod præſertim aliàs nulla eſſet ratio dubitandi, & fruſtra Imp. cum præſente litem inchoatam, ſufficere reſcripſiſſet. *5 ex l. 4. C. d. proc.* ubi dicitur ei contra quem abſentem iudicatum eſt reſtitui cauſæ defenſionem: adeoque ſententia non fuit ipſo iure nulla licet ibi ſpecialis ſit caſus, quo omnia abſente marito in iudicio tractata fuerunt *6* optimè facit *l. ult. C ſi per vim.* vbi reſcriptum eſt, ab abſente, nec imperiali reſcripto poſſeſſionem auferri debere, quoniam merita cauſarum partium aſſertione pandãtur. Qui ſcil. locus docet neceſſitatem citãdi partes inde eſſe, vt merita cauſæ cognoſcãtur: quæ ratio cum ceſſat, vbi partes ſatis auditæ ſunt, & in cauſa concluſum eſt, conſequenter citatione opus nõ erit. Et hinc commodè explicantur textus *in l. 47. de re iud. l. 1. §. 3 quæ ſententiæ ſine appel. l. 7. C. quom. & quã iudex,* quod ſc. præſentes opponantur iis qui nunquam fuerunt in iudicio, quorũ intereſt quia de cauſa ſententia lata contra hæredes nõ nocet legatariis *l. 14 in fin de appell.* (in quibus terminis ſatis diſertè loquitur *l. 29 § ult. d. minorib.*) vel his qui poſt litem conteſtatam ſtatim abſentes aut planè non aut nõ ſatis auditi fuerunt, ad quos cõtumaces efficiendos trina citatione vel edicto peremptorio opus eſt, quo pertinet *l. 8. & 9. C. quom. & quando iudex.* Sed iterum pro communi ſententia movet, tũ quod ex ratione iuris veteris in ſingulis actibus iudicialibus voce præconis partes citari ſolebant: tum textus *l. 27. §. 4 d. recept. arbitr.* vbi non niſi ex pacto jus eſt arbitro pronuntiare alterutro abſente. Neque difficilis reſponſio eſt *ad l. ult. C quom & quan iudex* quod ibi hoc quæri intelligatur, an omninò ſententia contra abſentẽ ferri potuerit, quod rectè affirmatur modò inter præſentes & ita rectè lis fuerit ſuſcepta: quoniam deficiente litis cõteſtatione ex ratione iuris ad ſententiam perveniri non poteſt, ſed aliis remediis contra latitantem & tergiverſantem ſuccurſum eſt. Dicemus igitur in hoc caſu ubi de audienda ſententia agitur, non trina denuntiatione & edicto peremptorio opus eſſe, ſed ſufficere ſimplicem citationem & admonitionem ex *l. 2. C. quom. & quan. iudex* (in quo errat *Tr. p. 2. diſp. 23. theſ. 3. lit I.*) quoniam non ad eum finem ut aliquid à parte proponatur, ſed ut ſententia concepta audiatur, fit citatio. Adeoque quatenus illi contumaces dicuntur, qui tertio evocati ſeſe non ſiſtunt, ſententiam etiam contra abſentem citatum, & eum tamen non contumacem pronuntiari poſſe.

In Camera ſatis eſt partes ſemel.] Cur in Camera ſufficiat citatio ad totam cauſam, hãc rationem reddit Treut. quod citatio Imperatoris habeat vim peremptorii: Atqui hæc ipſa aſſertio liquida fortaſſis ſatis nõ eſt: vel quo trina illa citatio requiritur ad effectum, vt quis in vera cõtumacia conſtituatur, quod nõ variatur ex perſona citantis, vel etiã quod de Imperatoris mente, an illam ſimplicẽ citationẽ vim peremptorii habere velit non ſatis conſtare poteſt. Verũ admiſſa iſta propoſitione, ratio minimè cõcludit, neque efficit, ad audiendã ſententiã nova opus non eſſe citatione, 1. quia citatio habet vim peremptorii ratione illius actus, ad quem fit citatio, minimè autẽ effectũ ſuum ad alios actus diverſos porrigere poteſt: & adeò licet concedatur unam citationem Imperatoris, qua v c reus ad comparẽdũ vocatur, ſufficere, ea tamẽ propterea non operabitur, vt nulla citatione ad ſententiam audiendã opus ſit ſed efficiet, vt ſiquidem ad audiendam ſententiã trina citatione opus eſt, vt quidem putat *Tr. inf p. 2. diſp 23. theſ. 3. lit I.* Imperatorem ſemel citaſſe ſit ſatis 2. quia non tantum in Camera, ſed etiam in aliis principum ſupremis provincialibus dicaſteriis idem obſervatur, vt partes tantum ſemel initio litis ad totam cauſam citentur: quia ſcil. cum in illis iudiciis certi præfixi ſint ad ſingulos iudicii actus expediendos termini, partes terminos iſtos obſervare poſſunt & tenentur.

Quomodo inſtantia ab actione] Hæc duo differre extra controverſiam eſt Verum Tr haud ſcio an latius progredi & ita accipere videatur *l. 13. C. h. tit* quod triennium illud tantum ad inſtantiam perimendam, non ad ipſam litem finiendã pertineat. Quod tamen vno tantum caſu verum videtur, vbi abſente & ceſſante actore, nondum ſatis, ex quo de meritis cauſæ conſtare poſſit, in iudicium eſt deductum, iuxta *d. l. 13. §. 2. verſ. & ſiquidem nihil. C. h. t.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Prævio iuramento.] Textus eſt generalis *l. 13 §. 9. C. h t & Nov. 82. c. 10.* vbi oppoſitio de cõpenſandis ex cauſa expenſis, ſatis arguere videtur: vbi non compenſantur, iuramentum eſſe præſtandum: & facit quod aliter quàm per iuramẽtũ expenſatũ ratio probari vix poſſit. Debet autem iudex facta expenſarum deſignatione, eas taxare, & ſuper iis probandis iuramẽtũ deferre:

quam taxationem neceſſariam eſſe tradit *Iaſ. in l.13.§ ſive autem alterutra. C h.tit.col.* 8. atque ita accipiendum eſt quod ait Tr. quod iudex iuramentum, ſive æſtimationem juramento factam ſequi teneatur.

LIT. B.

An hoc etiam in criminalibus.] Triplex circa hoc opinio eſt, duæ extremæ: tertia media Primo quod nullo modo in criminalibus iudiciis præſtentur impenſæ, nec ab accuſatore ſuccumbente. Secunda, quod omnimodò præſtentur: etiam ex parte rei condemnati. Tertia, quod reficiantur expenſæ reo quidem abſoluto, ſed non accuſatori, licet vincenti. Primam tenuit olim Iacob. Butrigar. vt referunt *Bart. Bal & alij in l. non ignoret. C. de fructib. & litium exp.* quem ſequutus eſt *Fach. 1. controv. 42.* tum per *d 4 l. 4.* in qua ita opponuntur cauſæ criminales & civiles, vt in illis actor pœna calumniæ, in his ob expēſas & ſumptus teneatur: tum quod, vt ſæpius ingerit Fachin nullo iure hoc cautum ſit, quod in criminalibus præſtentur impenſæ. Quæ poſterior quidem ratio inepta eſt, quod etiam deficiente omni textu, ſatis eſſet manifeſta ratio, quod utique iniquum fuerit calumniam accuſatoris obeſſe innocenti reo, vt hic iacturam ſumptuum ſuſtinere cogatur: quod & not. *Salic. in l. ult. C. de fruct. & lit. exp. n* 2. neque ſatisfit reo pœna calumniæ vel talionis, quæ vindictam publicam reſpicit: ipſe autem impenſas petēdo damnum rei familiaris & intereſſe privatum perſequitur, vt rectiſſimè reſpondit Cyn. *in l 3. C. qui accuſare non poſſunt.* & vulgatiſſimum eſt quod irrogatio pœnæ ad vindictam publicam, non conſumat perſequutionem eius quod intereſt privatim. Sed & nō obſcurus textus eſt pro hac ſententia *in l qui crimen. 3. C. d his qui accuſare non poſſ.* vbi in iiſdem terminis præter extraordinariam pœnam ſumptus litis præſtandi ſunt ab accuſatore. Vt proinde frivolum ſit, quod Fachin. ſpeciale eſſe ait in accuſatore contumace, cum utique & hic incidat in Turpillianum: & ſi pœna calumniæ quam ſuſtinet accuſator, ſatis eſt, vt ne cogatur præſtare expenſas, etiam ſatis eſſe poterit pœna Turpilliani vel extraordinaria cōtra *d. l. 1. C. qui accuſare non poſſunt.* Quin & ut ex Canoniſtis refert. *Bal. in l. 4. C. d. lit. exp.* magis peccat qui temere inſiſtit quam qui deſiſtit. Quod autem attinet *ad d. l 4.* in qua ſola Bottigar. olim ſententiæ ſuæ poſuit fundamentum, reſpondendum eſt vel cum *Salic. ibid.* ideo factā circa ſumptus tantum civilium cauſarum mentionem, quod ex ratione juris veteris, quo nomine ſumptuum decimaria actio competebat, maius hic erat dubiū: vel cum *Bart. & Caſt. ibid.* non valere ibi argumentum à contrario ſenſu: quæ reſponſio inde fulcienda eſt, quod propoſitum fuerit Imperatori tantum proponere pœnam principalem & præcipuam, quæ ex legibus manet actorem ſuccumbentem in cauſis civilibus & criminalibus. Tertia ſententia plus habet rationis, quia accuſator ſponte proſilit ad judicium & hic non intereſſe ſuum, ſed publicā vindictam perſequitur, vt proinde à reo, quē non tanquam ſibi ſed reipubl. ad pœnam obligatum in iudicium deducit, expenſas jure petere non videatur. Eaque videtur ſententia Cyn *in l. 3. C. qui accuſare non poſſunt. num. 9.* dum quærit an in cauſa criminali veniant expenſæ ſaltem ex parte accuſatoris Attamen ſententiam ſecundo loco propoſitam, quod etiam accuſatori præſtandæ ſint impenſæ, communius tenent Doctores, probante & atteſtante *Iaſ. in l. 13. §. 6. C. h. t. col 7.* per textum generalem *in d l. 13 §. 6.* vbi Iuſtin. in genere conſtituit, vt victus victori præſtet expenſas, in cuius legis principio etiam criminaliū cauſarum ſit mentio. Et amplius facit non tam textus *in l 5. C. de fruct. & lit. expenſ.* qui à Cuiacio ex ſynopſi Baſilicorum inſertus eſt, & aliàs etiā ad cauſas civiles commodè referri poteſt, quam potius textus *in l. ult. C d. t.* vbi ſancit Iuſtin. vt qui privilegium conſequutus eſt, vt ne conventus impenſas præſtet, idem ſi alium conveniet, ſive in civili ſive in criminali cauſa, ab eo expēſas itidem non conſequatur: ex quo alias in cauſa criminali, victum impenſas præſtare debere infertur. Licet enim cauſa criminalis ibi explicari poſſit de cauſa civili, ob delictum intentata, atq. eius, quod ibi dicitur *obnoxios ſibi, &c.* cū in cauſa verè criminali reus non actori, ſed magis reipublicæ obnoxius ſit, quæ verba ad hoc expendit *Baldus in d. l ult. C d. fructib. & lit. expenſ.* attamen ita ſubtiliter ea verba non accepiſſe videtur Iuſtin. & ſuo modo etiam in criminalibus reus actori obnoxius dici poteſt: neque fortaſſis abſurdum ſit, accuſatori etiamſi operam Reipubl. præſtat, impenſas ex bonis rei refundi. Vbi tamen fortaſſis an diſtingui poſſit inter cauſas criminales ex quibus pœna pecuniaria, vel corporalis, maximè capitalis, mors ſive naturalis ſive civilis ſequatur: quomodo in terminis diſtinguit *Bald in d. l 4. C de fructibus & lit. expenſ.* licet *Salic. in l ult d t nu 2* etiam in caſu confiſcatorum bonorum, accuſatori ex publico cenſeat impen-

Digitized by Google

impenſas accuſationis eſſe reſtituendas.

LIT. C.

Tunc enim actor etiamſi victor.] Petendum eſt ex citato Fachin. quomodo hinc Iaſ. & alij diſſentiant. Nimirum circa explicationem *l. properandum* §. *& ſiquidem verſ. ſin. autem ex geſtis C. h. t.* in duas abiuere opiniones Iohann. & Placent. Ille, vt explicat *Accurſ. in verbo, excipiendis,* hoc Iuſtin. voluiſſe cenſuit, expenſas reo factas deducendas de expenſis actoris, & ita reuera reum condemnari in expenſas, quas actor fecit, vt ſaltem ex ea ſumma deducantur, quas ipſe reus ſe feciſſe probauerit: pro qua ſententia facit, quod *in d. l. properandum § ſiue autem 6.* indiſtinctè traditur, victum in expenſas eſſe damnādum, etiamſi alterutra parte abſente controuerſia ſit deciſa. Et hanc ſententiam ſequitur etiam *Cyn. d. §. & ſiquidem, & Caſtrenſ. d. verſ. ſin. autem ex geſtis in fin. & Baldus in princ. d. §. & ſiquidem,* vbi hoc ſummarium proponit ex mente Iohann. quod vincens non recuperet expenſas vſque ad concurrente quantitatem expenſarum a reo factarum: & ita omnes tenere loc eirat. teſtatur Iaſon. excepto, vt ibidem addit vno Salicet qui *in fin ad §.* pauciſſimis verbo adducto capit, ex lumniam de pœnis, dicat, inquit, mihi Iohann. quod ſi reus eſſet abſolutus ab expenſis actoris propter iuſtam cauſam litigandi, quomodo ſuas tunc deduceret non video, niſi de quantitate principali. Et ſanè Placent. opinio verior eſt; quod Iuſtin. cum à reo iuramentum ſuper expenſis præſtari, & hanc partem contumaci actori infligi ſanciat, quomodo alijs locis eiuſdē legis victū, eodem in illa ſpecie victorem in expenſas condemnari velle intelligendus eſt, & apparet à Iuſtin. quod ad punctum expenſarum, in ea ſpecie actoris contumacis idem ius ſtatui, ſiue reus abſolutus, ſiue condemnatus proponatur: & amplius cum veroſimiliter à reo vt pote præſente maiores fiant expenſæ, illa tamen ratio deducendi, quam Iohan probat, non niſi vbi actor plus expendit, locum habet. Neque obſtat *d. §. 6.* quem etiam Fachin. rectè accepit de eo caſu, vbi præſente ſententia lata.

LIT. D.

Qui pro ſe habet conſilia.] Hoc quidem Iaſon. tradit, & amplius, ſufficere etiam vnius Dd. ſcribentis auctoritatem. Sed vtrumque dubium videtur, quod in tanta diuerſitate & copia ſcribētium, vix vlla etiam abſurda opinio careat aſſertore, ita futurum ſit, vt vix quiſquam in expenſas condemnetur; cum etiam aliàs conſilijs Dd in quibus multa fauori dari ſolent: minus autoritatis tribuatur.

Cauſa non inſeritur ſpeciatim.] Conſuetudinem hanc, vt tantum in genere ex iuſtis cauſis impenſas compenſari ſententiæ adijciatur, iure repugnate cenſet Tr. poſt *Sichard in ſæpe d. l. properandum §. ſiue autem alterutra n. 13.* vbi plures allegat. Atqui cum regulare ſit, vt cauſa non inſeratur ſententiæ, idem de ſententia ſuper expenſis compenſandis ſtatui poterit, non obſtante, qua Tr. vtitur *Nou 82. c. 10.* vbi hoc ſaltem traditur, quod iudex nominatim compenſationem expenſarum ſententiæ inſerere debeat, cauſam autem eius rei adijciendam eſſe nō traditur.

Quid ſi ab initio.] Communis nimirum hæc ſententia eſt, vt etiam qui perrexit cognita iniuſtitia cauſæ in expenſas prioris temporis non condemnetur. Mihi tamen magis arridet ſententia *Dec in l. qui alterius, 24. de reg. iur. num. 8.* vt teneatur in omnes: quia ex quo cognita cauſæ iniuſtitia, non deſtitit, quo caſu ab expenſis abſoluendus eſſet, ſed litem improbè continuauit: improbitas iſta meritò ipſi nocere, & ad initium litis retrahi debet: ſiquidem, quod hinc, vt bene Decius, præſumatur, quod ſi à principio iniuſtam litem ſciuiſſet, eam tamen in iudicium deducturus fuiſſet.

Si is qui in priori.] Malim generaliter affirmari, eum qui in prima inſtantia vicit, iuſtam litigandi cauſam in ſecunda inſtantia habere videri; quippe eum pro ſententia iudicis præſumatur, neque adeo prouocatus temere ius ſuum in defenſum relinquere debeat *arg. l. illud 40. d. petit. hæred.* niſi tamen in ſententia manifeſta iniuſtitia & iniquitate laboret.

Idque operatur clauſula.] Crediderim vt maximè hæc clauſula non adiecta, nec expenſæ nominatim petitæ fuerint, iudicem tamen poſſe imò debere ſuper expenſis pronuntiare: per textum *in d. Nov. 82. c. 10.* ibi *oportet expenſarum rationem iudices omninò examinare & in l. properandum §. ſiue autem 6. C. h. t.* ſciant, inquit Iuſtin. omnes iudices, victum in expenſarum cauſa, victori eſſe condemnandum, communior tamen videtur opinio Dd. quod citra actionem illius clauſulæ expenſas non petitas iudex adiudicare non teneatur, per not. *Angel. in §. omnium Inſt. d. action. n. 7 verſ. additur etiam: de quo etiam Gail. 1. obſeru. 151 nu. 21. Mynſ. cent. 4. obſeru 55. Sichard. in l probandum §. ſiue autem alterutra C. d. iudic. nu. 19. & ibid. Iaſ. n 30.* Neque obſtat *d. l. 13 §. 6.*

Digitized by Google

quia præſupponendum eſt expenſas fuiſſe petitas, quod aliàs abſurdum ſit, vt, quod ibi ſancitur, iudex earum æſtimationem parti præſtare teneatur, & quod iudex ſuper expenſis iuramentum admittere, eaſque taxare iubetur, eas quoque petitas fuiſſe, non leue præbet argumentū.

THESIS XVII.

LIT. A.

Non ad officium iudicis.] Nimirum officium iudicis duplex eſt. aliud venit incidenter, & non ſtat per ſe, ſed ſubſeruit, actiōi aliud venit principaliter. Illud mercenarium, hoc nobile, verbis quidem minus commodis, ſed quæ docēdi cauſa tolerari poſſunt, Dd. appellare ſolent. De illo res liquida eſt, quod actionis vice nō fungatur, hoc autem, ſeu potius implorationem huius officij, actionis inſtar habere, probatur *ex l. 37 de oblig. & act. & not. Iaſ. ad pr. inſt act n 54. & ſeqq.* actio tamen non eſt. quod ipſi Dd. quibus hic iniuriam facit Tr. docent *in l. 1. de iuriſd. Bart. & Caſtr. & Bald. ibid* hanc eſſe ait veritatem, quod iuxta ſententiam Iohan. actio non ſit, ideoque monent, non eſſe concludendum, quod pars aduerſa, ſed quod ipſe iudex aliquid facere debeat. Idq; maximè obtinet in eo iudicis officio, quod iure, vt ita loquar, formatum & conſtitutū eſt: cum aliud ſit, quod per modum ſimplicis gratiæ impertitur magiſtratus: de quo demum rectè dicitur, quod naſcatur ex æquitate. Cæterum tertia ſpecies officij aduerſarij ineptè adijcitur à *Bart. in d. l 1 d iuriſd. ex l 38. & vlt. de petit. hæred.* ſiquidem ea ſpecies eſt officij mercenarij, quo iudex actioni toti, etiam qua reſpicit reum eiuſque exceptiones, ſubſeruit, adeoque exceptiones in bonæ fidei iudicis, etiam formulæ non inſertas, admitti *d l. 38 & vlt d. pet. hæred.* de cuius explicatione agitur *diſp. 14. th. 9.*

Præiudicium quid ſit. Allegatur hic inter alios Vulteius, qui præiudiciales actiones perſonales eſſe contendit, quæ ſententia proponitur & refutabitur *infr p. 2. diſp. 2 6. th. 4. lit. A.*

LIT. C.

Excepto diffamationis iudicio.] A regula, quòd actor ſequatur forum rei, inſubtiliter imò malè excipit cauſam diffamationis: quia imò reus hic non actoris, ſed actor forum illius ſequitur: & hoc ſaltem ſpeciale, quod prætenſus actor ſiue diffamator ſub præiudicio & comminatione perpetui ſilentij, actionem ſuam, & quidem in foro rei, inſtituere & proponere cogitur: & diſceptatio ſiue imploratio, qua diffamatus terminum ad agendum diffamanti præfigi petit, iudicium appellari non meretur.

LIT. D.

Quod hodie non licet.] Minus recta eſt hæc oppoſitio, quod ſe præmiſſum à Tr de iudicibus ſibi non liquere iurantibus, ad iudices pedaneos: quod autem ſequitur, ad ordinarios magiſtratus, quibus præciſa iuris reddendi neceſſitas impoſita eſt. pertinet: licet etiam diuerſus caſus ſit, quo inferiores iudices, acta mittunt ad ſuperiores.

DISPUTATIO XIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Reſpondente

IOANNE Drachſtedt/ Hall. Saxone.

THESIS I.

LIT. B.

IMmerito.] Spectata intentione agentis: Cæteroquin etiam à iuſtè exheredato querela moueri poteſt: quod exitus iudicij oſtendit.

Exheredatis.] Sub hoc verbo etiam comprehendit præteritionem parentum in linea materna: quod admitti poteſt, non ex proprietate vocis quæ repugnat, ſed ratione effectus de quo hic agitur: *arg. l. 12. in princ d. bon. libert.* vbi præteritio dicitur ſilentio facta exheredatio.

Propriè in linea paterna.] Duo hic dicit Treutl. præteritionem paternam teſtamentum ipſo iure annihilare, ſed in linea materna præteritionem pro exheredatione eſſe. De vtroque iure nouo non ſatis conſtat: & de priori hactenus dubitatur an in caſu præteritionis illius legata debeātur: quo affirmatur communius teſte *Claro q. 52 numer. 2* neque adeo aſurdè: ſiquidem, vt mox dicemus, teſtamentum non factum iuxta formam *N. 115 cap. 3.* ipſo iure nullum eſt: & perinde adeo quoad hunc effectum eſſe videtur, ſi filius præteritus, & iniuſtè exheredatus ſit: quod L. hoc caſu teſtamentum annullans exheredationem redigit ad inſtar præteritionis, imò taliter exheredatum pro præterito habet. Sed in contrarium facit, quod conſtitutio correctoria non extendenda, & verba *in princip. d. cap. 3. exheredare vel præterire.* ſubiectis

proprijs

Digitized by Google

proprijs commodè applicanda ſunt : quæ ſententia inde firmatur tum quod Iuſt. n. toto illo loco de teſtamento quod ante ipſo iure firmum erat, non obſcurè loqui videtur, tum quod dicit velle ſe vt non amplius liceat parentibus liberos exheredare vel præterire : ex quo colligitur Iuſtinianum corrigere ita ius vetus, vt non amplius liceat quod olim licebat : licebat autem olim ſaluo teſtamento exheredare filium patri, præterire matri ſed præterire patri ſaluo teſtamento non licebat. Et hanc multorum ex antiquis ſententiam fuiſſe, refert *Iaſ in Auth. ex cauſa. num* 1. ſed ipſe pro contraria communi opinione affert hoc argument. cui totum mundum reſpondere poſſe negat : quod exheredatus ſine cauſa habeatur pro præterito. Verum hoc quidem iure manifeſtò falſum eſt : iure nouo ex comm. Dd. ſententia, verum quò ad effectum nullitatis inſtitutionis, ſaluis legatis : quod idem in præterito à patre obtinere, non ſequitur. In altero, de præteritione materna, eam hodie pro exheredatione non haberi, ſed ob eam, teſtamentum eſſe ipſo iure nullum, communis itidem ſententia eſt, *teſt. eod. Clar. §. teſtamentum q.* 47. eaque hinc confirmatur, quod præteritioni maternæ iuxta & exheredationi paternæ eandem formam præſcripſit Iuſtin. adeoque ſiquidem exheredatione non rite facta teſtamentum eſt nullum, idem de illa erit ſtatuendum, idque pro certo à Dd. haberi patet ex traditis à *Iaſon. in l ſi pater* 4 *c. le inſt. & ſubſtit. num.* 3 contra quam putat Treutl. d. diſput. 11 th 1. lit. C. efficietur tamen hinc, vt mater re ipſa liberos hodie exheredare cogatur: quoniam oratio talis, prætereo filium meum, quia manus mihi intulit, parum diſtat ab exheredatione, poſtquam in hac quoque nulla certa aut ſolennia verba deſiderantur. *l.* 3. *C. de lib. præterit.* quamuis hoc videatur ſufficere, ſi mater ſimpliciter & tantum, citra verba, prætereo filium, cauſam inſeruerit teſtamento, *de quo inf. th.* 10.

LIT. C.

Ad quod non deuenitur.] Obijci ſolet *l.* 14 *h. t. iuncta l.* 16. *§.* 1. *eod & l.* 1 *ſi à par. quis man.* Sed reſponſio vulgata ſumitur ex traditis *ad th.* 1. *diſp.* 11. quod extraordinarium remedium concurrat cum ordinario, ſi illud ſit pinguius expeditius vel plenius; eademque reſponſio eſt *ad l.* 8. *§.* 14.

Actionis tamen via.] De hoc ſtatim dicemus ad lit. E.

LIT. D.

Quæſtio hic mouetur de cauſa efficiẽte, & ex quo iure ſit querela: & eã alij iuri ciuili, alij prætorio, alij conſuetudinario, alij etiam mixto iuri adſcribunt, vt Vulteius *in Inſtit h. t.* Primam opin. cum Cuiacio ſequitur Tr. cui obijcitur tum *l.* 8. *in prin. de bon. poſſeſſ. cont. tabb.* vbi exhæredati negantur iure ciuili turbare teſtamentum : tum ratio, quod emancipatis, qui iure ciuili non ſuccedunt, querela datur, quæ tamen hoc ſaltem operatur, vt reducatur res ad cauſam inteſtati, quod remediũ fruſtra detur emancipato eo iure, quo ab inteſtato ſuccedere nequit. Hæc quidẽ tanti viſa ſunt Vult. vt propterea querelam parũ ſubtiliter iuri mixto ferret acceptã : & eſt quod iſtis reſponderi queat. Et quidem *in d. l.* 8. illud genus turbandi intelligendum eſt, quo præteriti turbant, quibus in ea ſpecie exhæredati opponuntur : vt ita ſenſus legis ſit, quem expreſſit *Gouean.* 1. *variar.* 6. exhæredati nec contra tabb. petunt, nec iniuſtum teſtamẽtum patris faciũt. Ad rationem variè reſpondetur. Tum quod etiã iure prætorio filius vtiq; non ſuccedat per querelam, per quam tantum reſcinditur teſtamentum : tum quod etiamſi querelam initio favorem ſuorum introductam eſſe dicamus, ea tamen poſtea ad emancipatos, quos ſuo iure præterire poterat, eos quaſi ad inſtar ſuorum redegerit, quod hi ab hæreditate, quæ ipſis iure ciuili non debetur, non niſi ſub qualitate ſuorum remoueri, & exhæredes ſcribi poſſe videntur : vt ita querela non detur emancipatis qua talibus, ſed tanquam paſſis iniuriam exhæredationis: & huc referri poteſt color ille furoris, quod ſc. pater filio licet emancipato, iure tamen naturali filio, hanc notam & iniuriam inuſſerit: quod etiam ad matres & lineã maternã pertinet, poſtquam ex SCto hic liberis ſucceſſio delata fuit. Neq; obſtat quod *in d. l.* 8. *in pr. de bon. poſſeſſ. cont. tabb.* querela opponitur iuri ciuili : quia nihil abſurdi eſt iure ciuili quodã excluſum, vel ut ex l. XII. tab. alio remedio iuris ciuilis iuvari : quomodo contractus iure ciuili validus remedio *l.* 2. *C. de reſc. vend.* reſcinditur Magis obſtat quod emãcipatus exhæredatus etiamſi querela vtatur, tamen ſine prætoris auxilio ſuccedere non poſſit, quod fruſtra ſit feciſſe patremfam. inteſtatũ, ſi ipſe ab inteſtato ſuccedere nequeat: conſequitur autem bona beneficio bonorũ poſſeſſionis, quam querelam motutus agnoſcit, & quæ ipſo vincente cum re eſſe incipit iuxta *l.* 6. *§* 1. *& l.* 7. *h. tit.* Atqui ex quo iure eſt bonorum

iſta

Digitized by Google

iſta poſſeſſio, fundamentum querelæ & præparatio: ex eo ipſa quoq; querela eſſe videtur: neq; credendũ eſt quod ius ciuile prætorio alias potentius, imperfectam ediderit operationem, nudam querelam quæ ſine auxilio prætoris futura fuiſſet imperfecta, concedenda. Et exinde fortè arbitrari quis poſſit probabilem eſſe ſententiam Vulteij mixto iure querelam adſcribentis, quaſi vtrumque ius hic ceu ſymbolam ſuam contulerit. Et tamen ſentẽtia hęc parum, fortaſſis videatur ſubtilis: quod diuerſa ſint remedia, querela & bonorum poſſeſſio, & alterutrum horum iurium, ſiue ciuile ſiue prætorium ſatis fuerit potẽs, vt plenè & perfectè liberis ſuccurreret. Neque abſurda ſententia eſt, quod per productionem, quia in ſuis nulla poſſeſſionis agnitione opus eſt, ad emancipatos querela fuerit producta. Nec valdè tamen repugnauerim, ſi quis iuri prætorio hoc remedium adſeribat: contra quam leue argumentum eſt Cuiacij, ex inſcriptione *l. 4 h. t* cum præſertim Cuiac. ad Claudiũ Glyciam legem illam referat, & à cognominib⁹ legiſlatorum non ſolitæ fuerint leges appellari. Neque ſatis validum eſt argumentũ, quod Vulteius mouet, excedere hoc poteſtatẽ iuris prætorij, vt defectum faciat inteſtatum: ſiquidẽ dici poteſt fieri hoc non tam poteſtate querelæ, quã ſententiæ, qua magiſtratus teſtamẽtum tanquã à furioſo factum reſcindit. Neque obſtat quod querela dicitur eſſe ex legibus antiquis *l. 31. & 32. C. h. t. iuncta Nou. 18. c. 1. in fin.* quia licet aliàs per leges antiquas ius XII tab. veniat, id tamen in propoſito minimè veriſimile eſt, & magis probabile, quod Iuſtin. aliàs parum accuratè loqui ſolitus ſicut & in *l. vlt. C. h. t.* intelligat ſimpliciter leges priores, velut edicta prætorum & reſponſa prudentum. Exiſtimauerit fortè quis, eo iure introductam querelam, quo legitimæ quantitas conſtituta eſt. verum hoc iuxta in obſcuro eſt.

Lit. E.

Ait hic Tr. petitionem hæreditatis & querelam poſſe cumulari, ita vt petatur teſtamentum reſcindi & adiudicari hæreditas: & tamen lit C. via actionis proponendam eſſe querelã. Atqui cum actiones coram iudicibus pedaneis ex ratione iuris proponãtur, ius reſcindendi teſtamẽtum, horum iudicum poteſtatem excedere videtur: & verò querelam in iudicio centumvirali propoſitam fuiſſe arg. *l. 13. h. t.* & locus Cicer. 1. de oratore vbi inter cauſas centumvirales refert iura teſtamentorum ruptorum & ratorum: ſed & formula & aliæ proprietates actionum, & ipſa definitio hic non ſatis conuenire videtur. Porrò cumulatio duarum diuerſarum actionũ, quales Tr. agnoſcit querelam & petitionem hæreditatis, rationi iuris noſtri non ſatis cõuenire videtur, & harum actionum cumulationi hoc quoque obſtat, quod per alteram alteri fiat præiudicium. Videamus annon ita ſtatui poſſit, querelam & petitionem hæreditatis, vt diuerſa quidem poſſe conſiderari: vel quod plerumque hæreditas petitur, vbi de inofficioſo nulla quæſtio eſt: vel quod etiam aliquando querela agit, qui ius ſuccedendi non habet: *l. 6. §. 1. hoc tit.* & fortaſſis etiam exhæredatum querela & petitione hæreditatis ſeorſim vti potuiſſe, vnde & de vtraque in Digeſt. & C. ſeparati tituli ſunt: cæterum frequentius & expeditus hæc ita coniuncta fuiſſe, vt non duarum actionum, ſed vnius vicem obtinerent: idque inde firmatur, quod emancipatus⁹ exhæredatus inſtituturus querelã prius debet agnoſcere bonorum poſſeſſionem: quo ſcilicet facto hæreditatem ex cauſa inofficioſi peteret. Vnde explico *l. 20. h. t.* vbi traditur, eum qui de inofficioſo dicit mouere poſſe petitionem hæreditatis: non quaſi inſtituta querela hæreditatem coram alio iudice petere, ſed quod hæreditatem ex cauſa inofficioſi petere poſſit: idque eſt quod dicitur *in l. 34. C. h. t.* petitio hæreditatis nomine inofficioſi: eamque quaſi idẽditatem probat *l. 15. in fin. h. t.* vbi victor in iudicio querelæ ſtatim vtitur actionibus hæreditarijs: *& l. 21 in fin. eod.* vbi per inofficioſi querelam dicitur euinci hæreditas *& l. 27. §. eod.* vbi per querelam dicuntur vindicari facultates: & *in l. 8. §. 8 h. t.* ibi, ſi dicam inofficioſam, hæreditatem debeo petere. Vnde explicari poteſt obſcurus aliàs locus *in l. 1. C. h. t.* vbi querela cõceditur aduerſus fidei commiſſarium, perinde ac ſi hic pro hærede vel pro poſſeſſore poſſideret: quæ propria nota eſt petitionis hæreditatis. Itaque fuit olim ſententia antiquorum, quam refert & malè improbat *Cyn. in d. l. 1. & Iaſ ib. n. 5.* quod querela inofficioſi teſtamenti & vtilis petitio hæreditatis in illo caſu ſonent idem: *& quod querela implicitam habeat petitionem hæreditatis.* Et hoc ſcil. reſpectu *in l. 12. in fin. & l. 15. §. 2.* & alibi, querelam actionem appellari intelligendũ eſt. Neq; obſtat huic ſententiæ, quod cum petitio hæreditatis coram iudice pedaneo tractata fuerit, vt colligitur ex toto titulo de petitiõe hęreditatis, teſtamentum tamen à iudice tali non videatur potuiſſe reſcindi: quia reſpondeo, vel hoc abſurdum imò non eſſe, cum fiat autoritate prætoris

Digitized by Google

toris qui iudicem dedit: vel quod non omnis petitio hæreditatis nec ſemper coram iudice pedaneo tractata fuit: ſiquidem teſt. Cic. 1. de orat. teſtamentarias cauſas iudicium centum virale ſibi vindicauit: & ipſe Tr. diſp. ſeq. th. 4. lit. D. ait petitionem hæreditatis olim in iudicio centum virali agitatam fuiſſe, quod confirmatur *ex l. vlt. in pr. de petit. hæred.* & fortaſſis vbi de iure quæſtio incidit, ad iudicium cētum virale, vbi de facto, ad iudicem pedaneum prætor partes miſit. Non obſtat, quod poſt Dd mouet *Iaſ. in l 1. C. h. t numer.* 8. hæc duo iudicia non poſſe concurrere, quod querela agat non hæres contra verum hæredem, ſed petitione hæreditatis verus hæres contra non hæredem. Etenim adiectio & mentio inofficioſi facit. vt hæres ſcriptus pro iniuſto poſſeſſore, & ex aduerſo querelam intentans pro vero hærede ab inteſt ſiue ciuili ſiue prætorio iure habeatur: ſiquidem pro qualitate perſonæ veluti ſi emancipatus ſit, aditione hæreditatis, aut petitione poſſeſſionis bonorum ad querelam præparandam opus eſt *l. 7. h. t* vt adeo iure hæredis vel bonorum poſſeſſoris eam intentari neceſſariò conſequatur: quod etiam confirmatur *ex l 2. C. h. t.* & facit quod teſtamentum ſub prætextu & colore furoris impugnetur. Secundũ quæ defendi poteſt, quod etiam ſimpliciter hæreditas hic rectè putatur, & obiecto ab hærede teſtamento, per replicationem querela inducatur. Falſa igitur eſt ſententia Dd. quam probat *Iaſon in d. l. 1. C. h. t. & ſequitur Ant. Fab. 17. coniectur. 1* querelam præcedere, petitionem hæreditatis ſequi debere: cui fini *Cyn. & Iaſ. in d. l. 1. & alij Dd.* verbum, *perinde*, pro, *exinde*, ineptè interpretantur.

Lit. F.

Præcipua hac lit. quæſtio eſt, an teſtamentum non factum ſecundum N 115. c. 3 ſit ipſo iure validum necne. Prius affirmat Tr. hac lit. in F. dum ait, etiamſi ex iuſta cauſa non ſit facta exhæredatio, ſi tamen ritè facta ſit, teſtamẽtum adhuc per querelam eſſe reſcindendum. Equidem illud verum eſt, ex ratione iuris noſtri dupliciter exhæredationem conſiderari. & pro ſolennitate teſtamenti, & quatenus cum effectu remouet filium ab hæreditate: ſiquidem iure veteri etiam optimus & benè meritus fil' ſaluo teſtamento poterat exhæredari. Verum Dd. communiter aliter ius eſſe putant poſt Nou 115. per quã Iuſtin formam iſtam exhæredationi dediſſe videtur, vt ex iuſtis fiat cauſis & in Nou. expreſſis, qua forma non ſeruata teſtamentum nullũ eſſe exiſtimãt: quod ſequutus eſt *Ant. Fab. dec. 14. err. 6.* vbi ait, quod nõ quælibet exhæredatio hodie ſufficiat ad implendam teſtamenti ſolennitatẽ. ſed quæ ſit qualificata & quę ſcil. habeat adiectã cauſam: à qua tamen recedit *dec. 39 err. 5.* contẽdens quod in Nou. 115. de illo tantum caſu agatur, quo teſtamentum ipſo iure firmum. & ex eo hæreditas adita eſt: & ibid ineptè duplicem facit querelam, veterem & iuſtinianeã, & neſcio quæ commenta fingit, de nouo remedio à Iuſtin. in d Nou 115 introducto. Mihi Dd. ſententia ſimplicior eſſe videtur, vel quod Iuſtin. in tam prolixo capite nullam querelæ facit mẽtionem: vel potius quod cauſa nulla vel iniuſta expreſſa, hæres non admittitur ad probandam ingratitudinem filij: quæ communis eſt Dd. ſententia, & fundatur in *l. 30. § 1. & l. 34 C h. t. Nou 115. c. 3. in pr. & fin.* vt adeò imaginaria & iudicis ſaltẽ cauſa inſtituta querela ſit futura, in qua perpetuò & neceſſariò obtineat filius. Quod verò tandem iudicium illud inofficioſi erit, in quo nihil hæredi opponere. neq; de ingratitudine filij liceat diſputare. fatuus itaque futurus ſit hæres, qui citatus compareat ad iudicium in quo nunquam vincere poſſit: ineptus etiã iudex qui eam actionem recipiat, in qua nulla cauſæ cognitio, nullæ vnquam partes ipſius aliæ futuræ ſint, quam vt condemnet. Et fruſtra hic affertur caſus filij abſtinentis & querela non agentis: quia non facilè hoc præſumitur facturus filius, & hic non de facto ſed iure, & de caſu querelæ inſtitutæ vel inſtituendæ diſputatur Illa autem Dd. opinio. quã refert & probat *Iaſ in Auth ex cauſa C de liber præter in princ.* videtur inepta. qua teſtamẽtum quidem nullum eſſe ſtatuunt, audiri tamen hæredẽ ingratitudinem probaturum: vt ita filius ab inteſtato remoueatur, & tamen teſtamento ſcriptus maneat hæres Sunt qui obiectioni ſuperiori ab abſurdo ductæ occurrunt exemplo poſthumorum ex ratione iuris veteris exhæredatorum. Verum replicari poſſe exiſtimo, vel, quod ius generale non potuerit mutari propter poſthumos: vel quod illo iure aliquando ex perſona alterius exhæredari quis poterat *l. 3. §. 5. de bon. poſſeſſ. contr. tabb.* vel deniq; quod poſthumus iure veteri etiam cũ effectu poterat exhæredari ſi ipſi quarta titulo particulari relicta fuiſſet *§. penul. Inſt h. t. & Nou 18. c. 1 in fin.* quod hodie mutatum *d Nou 115 c. 3.* Illud planè non obſtat ſententiæ Dd. quod in fin. *d. cap. 3* reſciſſum dicitur teſtamentũ: vel quia verbum reſcindere aliquãdo ſignificat nullum declarare, vt notant Dd *in l. 5. C.*

THESIS II.

LIT. A.

Sive emancipati ſunt.] Cum dixiſſet quetelam dari liberis vtriuſq; ſexus, ſubiicit id hodie verū eſſe etiam in emancipatis. Parū ſubtiliter, quod dubium non ſit, etiam iure veteri emancipatis exhæredatis datam fuiſſe querelam per Tex. generalem *in l.8 in pr. de bon poſſ. contra tabb.* & ſpecialem de emancipatis *in l.7. in fi h.t.*

Quod vulgo de iam natis.] In utramque partem diſputat Treut an poſthumus hodie exhæredari ſalvo teſtamento poſſit. Et ipſe quidem in affirmativam videtur proclivior: cæterū negativa præcedentibus conſequens eſt: quod hodie non ſimplex, ſed qualificata exhæredatio requiratur ad ſuſtinendum teſtamentum. & poſthumo ſive iam nato doli incapaci nec ſpecialiter nec generaliter cauſa ingratitudinis adſcribi poſſit *Caſtr. in l.2. D h.t n.8 & 9.* Poſita autē ſententia, quam Tr. in extremo th. præced. ſequitur, neceſſariò affirmativa ponenda eſt: ſiquidem illa admiſſa, hodieque exhæredatio ſimplex ad ſolennitatem teſtamenti ſufficiet. Prout itaque aut Dd. aut Neotericorum quorundam ſequaris ſententiam, ita hæc quæſtio certò aut neganda aut affirmanda, non autem, vt Tr. facit dubitanter de ea diſputandum eſt.

LIT. B.

Hæc eſt ab aſcendentibus adoptati.] Quod de legitimis tantum dixerat, iis competere querelā, non rectè reſtringit ad adoptatos ab aſcendente: quoniam idem locum habebit in arrogatis quibuſcunque, in quibus vetera iura cum Iuſtin. intacta reliquerit illi conſequēter poteſtati patriæ plenè & perfectè etiam hodie ſubiiciuntur. Neque obſtat *l.5.§.15 h.t.* quia ſpeciale eſt in pubere arrogato qui cum quartam ex l habeat, querela non vtitur, ſicut nec alius, qui eam ex voluntate teſtatoris accepit: in aliis autem arrogatis ius commune obtinebit.

LIT. C.

Niſi deficientibus legitimis.] Falſa videtur hæc ſententia, quòd liberis naturalibus tantum detur querela inofficioſi. contra teſtamentum patris, ſi liberi legitimi & iuſta uxor deficiant, ſiquidem hi & civili & prætorio iure licitè & liberè præteriri poſſunt. Nec video quid pro Tr. facere poſſint *l.23. & ſeqq. de ſtatu hom* Nec pro eo facit *N.89.c.12.§.4.* quoniam quod ibi de caſu ſucceſſionis ab inteſtato traditur, ad eum caſum quo teſtamento facto alius hæres ſcriptus eſt, minime eſt extendendum, quod etiam diſertè ſcribit poſt alios *Caſtr in l ſi qua illuſtris pen. C. ad SC Orphit.* q ſcil. naturales nunquā ad querelā cōtra patris teſtamentū admittantur. Nihil planè facit *§.2. Inſt. h.t.* quoniam vulgatū eſt, quod naturales liberi, vbi opponuntur legitimis tantum, ſignificent ex iuſto matrimonio natos, velut *in pr. Inſt de adoption.*

Imo ſi mater ſit illuſtr.] Liberis naturalibus contra Teſtamentum matris illuſtris negat querelam, proculdubio ex *l. ſi qua illuſtris pen C. ad SC. Orphic.* verum illa nominatim excludit liberos ſpurios incerto patre natos, qui à naturalib. planè ſunt diverſi, & quibus Dd poſt *Gloſſ.* nominatim *Bart. Salic. & Caſtrenſ. d. l pen.* contra teſtamentum etiam illuſtris matris querelam concedunt. Et ſane correctoria lex & in ſpecie de ſpuriis loquens, ad caſum diverſum liberorum naturalium ex concubina natorum temere trahēda non eſt: & cum Iuſtin. *in d.l* non obſcurè eandem ſtatuat rationem matris illuſtris & ingenuæ, hæc etiam ex ratione iuris veteris in concubinatu eſſe potuit præcedente teſtatione *l.3. in pr. de concubin* Deinde Treut. indiſtinctè negat querelam: cum tamen Iuſtin. *in d.l. pen.* nominatim loquatur de caſu extantium aliorum legitimorum liberorum: eoque à contrario ſenſu his nō exiſtentibus liberi etiam ſpurii ad ſucceſſionem, & porrò præteriti ad querelam contra teſtamentum matris illuſtris admittentur: quæ ex hac ipſa ratione ſententia eſt *Dd. Cyn. Bart. Salic. & Caſtrenſ. in d l. pen.* In eo autem errat Cyn. ibid. quod textum *in d.l. pen.* reſtringit ad caſum ſucceſſionis ab inteſtato, & non obſcure etiam ſpuriis, etiam ubi alii liberi extant, adverſus teſtamentum matris illuſtris querelam concedit: cum tamen difficilius videatur, vt quis ad querelam, quam ad ſucceſſionem ab inteſtato admittatur.

THESIS III.

LIT. A.

Cum exhæredantur.] Intellige iuxta acceptionem, qua uſus eſt theſ 1 lit B. vt etiam comprehendatur caſus præteritionis.

Vnde rectè colligitur.] Ait ex *l 14 .h.t.* rectè colligi, quod in querela adverſus teſtamentū patris, filii exheredati præponātur avo præterito & hic demum illis excluſis admittatur. Quæ collectio parū videtur ſubtilis: quia quod expreſſa verba textus habēt, id min⁹ rectè colligi dicitur: & ex manifeſta & certa ſucceſſionis ratione (agitur autē ibi de filio emācipato) potior eſt linea deſcendens.

 Sive

Siue in poteſtate, &c] Ait dari aduerſus teſtamenta liberorum, ſiue ſint in poteſtate, ſiue extra eam, ſubiecta duplici limitatione. Prima eſt lit. B. modo ab inteſtato fuiſſẽt ſucceſſuri. Quod ex ratione iuris veteris explicandum eſt, ſiue prætorio ſiue ciuili iure ſucceſſuri fuiſſẽt: quod aliàs emancipati, quibus querela datur, iure ciuili ab inteſtato non ſuccedant. Altera eſt lit. C. modo bona liberorum non ſint Caſtrenſia vel quaſi. Quæ limitatio præcedentem propoſitionem de liberis in poteſtate deſtruit: quod hi de nullis alijs bonis ius teſtãdi habeãt: adeoq; ſi cõtra teſtamenta ſuper his bonis condita, querela non datur, ſequitur contra teſtamenta liberorum in poteſtate, non eſſe locum querelæ. Neque dicere poſſis, quod Tr. reſpexerit ad bona aduentitia, in quibus filius plenam habet proprietatem, in quibus ex quorundam ſententia filius teſtari poteſt. vel quia ea opinio omninò falſa eſt de qua agitur infra p. 2. diſp. 10. vel quia Tr. adducit *l. vlt. C. h. t.* ex qua ſimpliciter negandum eſt, contra teſtamenta liberorum in poteſtate, locum eſſe querelæ: vt fortaſſis non ſine cauſa in *l. 14. h. t.* mentio fiat filij emancipati.

Interim quoad quaſi Caſtrenſia.] Coniungendũ hoc eſt cum præcedentibus, quia continet correctionem *l. vlt. C. h. t.* Etenim *Nou. 115. c. 4.* ad emancipatos reſtringi non poteſt, quod hi indiſtinctè ius teſtandi habent, Iuſtin. autem ibi loquitur de bonis, in quibus filij teſtandi licentiam habent. Sed & amplius, haud ſcio an quod Tr. tradit, d. N. ſit ad bona quaſi Caſtrenſia reſtringenda: cum textus ſit generalis, & de caſtrenſibus bonis æquè & magis etiam filij teſtandi licentiam habeant. Et cum vtriſque bonis hoc priuilegium datum ſit *l. vlt. C. h. t.* pariter vtriuſque *in d. N. 115. c. 4.* erit ademptum. Sũt qui diſtinguant in caſtrenſi peculio, an teſtamẽtum factum ſit in expeditione iure militari, an iure communi. Verum ita priuilegium non tam rebus tributum fuerit, quam modo teſtandi: & ſi vtriſque bonis, caſtrenſibus & quaſi æqualiter illud priuilegium datum fuit, non videatur admittenda eiuſmodi diſtinctio, cui in alterutris videlicet quaſi caſtrenſibus non ſit locus: niſi omnimodã æqualitatem negare velis, quod in caſtrenſibus concurrat & fauor rerum, & militiæ armatæ, cum togatæ tantus fauor non ſit: & hanc diſtinctionem ſequitur *Vult. ad pr. Inſt. n. 7.* adeò non ſatis benè à Tr. allegatus: licet communius Dd. indiſtinctè etiam militem, inofficiosè, vt ipſi loquuntur teſtari poſſe negent, & ſi fecerit, querela impugnari, vel ſecundum *Nou. 115. c. 4.* nullũ dici poſſe exiſtiment, *Cyr. & Bald. in l. vlt. C. h. t. Bart. in Auth. ex cauſa, C. de liber. præter n. 13.* contra quorundam opinionem: qui tantum legitimæ conditionem cõcedebant, quos etiam ex *d. c. 4.* refutat *Salic. in Auth. presbyteros C. de Epiſcop. & Cler.* Planè, vt hoc addamus, *d. l. vlt. C. h. t.* non obſtat *l. 8. §. eod.* quia loquitur de paterfam. in quo cum nomen peculij ceſſet *d. l. vlt. C. h. t.* ceſſat etiam priuilegium, & ex accidenti eſt, quod tantum habeat bona Caſtrẽſia: quæ reſponſio eſt *Cyn. & Caſtr. in d. l. vlt. & ibid. Sal. n. 5.*

Vbi non eſt melior] Pertinet hoc ad explicationem *d. l. vlt. §. 1. verſ. ſi enim patronus C. h. t.* Et Tr. negat ibi eſſe meliorem cauſam filiorum & parentum, quam patronorum, idque acutè à Cuia. probari ait. Verum nihil apud Cuiac. citato loco acuminis, ſed ſimpliciter iſtam opinionem propoſitam video, & improbatam Accurſij: & eam tamen forte probabiliorem: ſiquidem generale eſt, quod *in d. §* ait Iuſtin. patronum contra teſtamentum liberti ſuper caſtrenſibus poſſeſſionem bonorum accipere non potuiſſe: cum tamen contra teſtamentum à veterano milite factum ſuper caſtrenſibus, & à non milite ſuper quaſi caſtrenſibus fuerit locus querelæ *per d. l. vl. C. h. t. & l. 8. §. 3. ff. eod.* nam quod Cuiacius illum locum de militante liberto accipit, non conuenit generalitati textus. Et ſanè rationis eſt, vt parentum & liberorum potior hac in re, quam patronorum ſit cauſa.

THESIS IV.

LIT. A.

Si turpes perſonæ.] Videri hoc poſſit eſſe ex noua conſtitutione Conſtantini *in l. 27. C. h. t.* ſiquidẽ textus Iuris veteris ſimpliciter fratribus præteritis querelam concedunt, & citra diuinationẽ ad iſtum caſum reſtringi non poſſunt, *L. 1. l. 6. in pr. & l. 8. §. 5. h. t. l. 21. C. eod.* Neque obſtat *l. 24. h. t.* in cuius ſpecie commodiſſimè fingitur vno fratre præterito alter cum extraneo hærede inſtitutus fuiſſe. Illud ſanè interfuiſſe ex iure veteri an à fratre liber, vel extraneus nec ne hæres fuerit ſcriptus, indicium præbet *l. 31. § 1. h. t.*

LIT. B.

Turpem perſonam non accipimus ſpurium.] In allegatis ſubijcit, quod imò nec infamia facti laboret. Atquin videri poſſit plus eſſe in facti infamia, quam in macula illa, ex qua in hac materia ad effectum admittendi fratres ad querelam, æſtimatur turpitudo iuxta *l. 27. C. h. t.* Cæterum

quod

quod ipſam rem attinet, vix putarim *d.l.* 27. reſtringi poſſe ad notam, quam ipſe inſtitutus cõtraxit: levem autem aliquam maculam, cuius mentio *in d.l.* 27 cõ hærere in ſpurio, vix defendi poſſe exiſtimaverim, ſive de iure divino ſive Canonico, ſive legibus & moribus aliarum gẽtium quæratur: ſecundum quos cum tantũ probẽtur coniunctiones legitimæ, fieri vix poteſt, quin ex improbato concubitu nata ſoboles, aliqua labe aſperſa videatur: & vel ideo, vt hac quoque ratione à vago concubitu cives abſtinere diſcant; ne dicam quod qui nec gentem, nec familiam, nec omninò patrem habet, pro integra, & ut loquuntur, legali perſona haberi non poſſe videatur: de quo etiam agitur *ſupr. diſp.* 8. *th ult. add. Theſſaur. deciſ.* 126.

LIT. C.

Aliis ultra fratris cognatis.] Generalius hoc verbum accipiendum eſt, vt etiam agnatos, quorũ multi quoque ultra fratres ſunt, comprehẽdat. Obſtat autem *l. 6 in pr h.t.* vbi quod antea & ſuorum & legitimorum fit mentio, verbũ ſequens *cognatorum*, ad fratres referri non poteſt: vt adeo fortaſſis de matre, vel potius cum Accurſio ibid. de nepote ex filio emancipato ſit accipiendum: niſi quis exiſtimet ſpeciale eſſe in poſthumo, qui cum oblivione præteritus cenſeri poſſit, ſpem obtinẽdi per querelam habere poteſt, quam alii non habent, vt eſt *in l. 1. h. t.* Illud rectè *in d. l. 6.* Accurſius notat, quod ratio ibi ſubnexa de jure petendi bonorum poſſeſſionem ab inteſt. minimè ſit generalis aut adæquata.

LIT. D.

Vnde non inſubtiliter.] Difficiliorem diſquiſitionem habet, quod hic proponitur, vbi fratres præteriti teſtamẽtum querela reſciderunt, fratrum liberos cum iis non ſuccedere, quibus ſc. querela non datur *l. 1. h. t.* Eiuſdem generis propoſitio eſt in exegeſi, fratres utrique coniunctos non ſuccedere cum parentibus, ſi hi filium fecerint inteſtatum per querelam. Quibus conſequens eſt tertium à Tr. omiſſum, fratres uterinos, qui querelam non habent *l. 27. C. h. t.* hoc caſu non ſucceſſuros cum conſanguineis tantũ. Eamque ſententiam Dd eſſe colligitur *ex Iaſone in d. l. 27. C. h. t. col. 3. & Bald. ibid. col. 2. poſt Odofred ibid.* vbi reſpondẽt ad *Nov.* 118 *c.* 3. ex qua uterinus concurrit cum conſanguineo; quod aliud ſit ab inteſtato. In contrarium autem ita diſputari poteſt. 1. quòd cum ratio ſit anima legis, & ceſſante ratione legis ipſa lex ceſſat, quod ex Dd tradit *Iaſ. in l. 3 C. h. t. n. 5.* & ratio cur jure veteri, v. c. fratrum liberis & uterinis non daretur querela, hæc unica fuerit, quod cum patruis & conſanguineis non concurrerent, hac ratione ſublata, poſt N. 118. in querela eos quoque cõcurrere defendi poſſe videatur: aut certe victoriam patruorum his quoque prodeſſe debere, vt cum illis ab inteſtato ſuccedant. Et hoc, 1. quia per querelam res deducitur ad cauſam inteſtati. 2. quia N. 118. omnes ſucceſsiones ab inteſtato decidit: nec tantùm eos caſus, quibus ab initio quis inteſtatus decedit, ſed etiam quibus poſtea teſtamentum rumpitur, aut irritum fit, adeoque etiam, vbi per querelam tanquam inofficioſum reſcinditur. 3 quia poſito jure, vt uterini & fratrum liberi ab inteſtato cum conſanguineis & patruis ſuccedunt, non minus illis, quam his præteritione iniuria fieri videtur. 4 quia duæ tantum ſucceſſionis ſpecies ſunt, ex teſtamento & ab inteſtato. Neque ſatisfacit, quod ex Vigelio reſpondet Vulteius *num* 9. ſecus eſſe vbi quis per querelam fit inteſtatus, quod hic teſtatus deceſſerit paretſam tum quia nihil intereſſe poteſt, ſive quis nullo teſtamento decedat, ſive poſtea inteſtatus efficiatur, quia vtrique eum inteſtatum eſſe verum eſt, *arg l. 1. in princ. de ſuis & legit. l 6 §. 1. h. t.* tum quia alias ſequeretur, etiam vbi per deſtitutionem hæredis vel agnationem, teſtamẽtum irritatur vel rumpitur, ab inteſtato, vt aliàs non ſuccedi. Et verò nihil hic intereſſe iura docent, niſi hoc, quod ubi nullum teſtamentum factum eſt, qui tempore mortis, vbi autem factum eſt, qui eo tempore quo certum eſt neminem ex eo hæredem futurum, proximus eſt, ſuccedit *§. proximus Inſt de leg. agn. ſucc* Facit 5. quod teſtamentum inofficioſum reſcinditur prætextu furoris, vt tanto magis pro inteſtato paretſam debeat haberi. Facit denique 6. quod ius nullo teſtamento facto patrui non habuiſſent, id etiam reſciſſo per ipſorum factum teſtamento habere non debent. Atquin non facto teſtamento nullum ius prærogativæ patrui habuiſſent: ego, &c. Ratio maioris eſt, quod cum ipſi contra voluntatem defuncti & teſtamentũ directo veniant, abſurdum fuerit voluntatem defuncti ad excludendos fratrum liberos illis prodeſſe: cum ſi teſtator de hoc cogitaſſet, potius inteſtatus procuidubio cedere maluiſſet. Neque facit, quod legata hodie debentur, vt non videatur planè ab inteſtato ſuccedi: vel quia hoc ipſum, vbi fratris teſtamentum impugnatur dubium eſt, de quo agitur th 7. in fin. vel quia hoc fit ſola po-

Digitized by Google

teſtate legis, vel quia etiam ab inteſtato legata deberi poſſunt. Neque obſtat, quod factum patruorum non debeat prodeſſe liberis fratrum: vel quia ex adverſo impugnatio voluntatis defuncti illorum conditionem meliorem facere non debet, vel quia non prodeſt per ſe ſed ex accidēti, quod res reducitur ad cauſam inteſtati: ex quo fit, vt victoria eius qui ius ſuccedendi non habet, aliis proſit *l.6.§.1.h.t* Non obſtat denique ratio, qua poſt Vulteium movetur Treut. quo beneficium non debeat extendi vltra mentem legis in eius fraudem, quia nihil planè fit in fraudem legis, quin ſecundum mērem legis eſt, vt fratrum liberi ab inteſtato cum patruis concurrant, &, vt paulò ante probatum, poſt Nov. 118. iuris antiqui ratio ceſſat: adeò ut etiam in querela fratrū liberos concurrere, tentari poſſit. Quamvis leges novæ non ſint nimis extendendæ: & admiſſo illo fratrum liberis etiam ubi ſoli ſint, vel repudiantibus etiam patruis, querela fuerit concedenda. Et ideò rectiùs, hic ſubſiſtemus, vt effectum querelæ & fructum ad fratrum libros pertinere, vel ad ſummum cum patruis querelam moventibus, concurrere poſſe ſtatuamus: quod aliàs quoque novum non ſit, vt aliquis propter tertium beneficium habeat, quod proprio iure & ex ſua perſona non haberet.

THESIS V.

LIT. A.

Tradidit hic Tr. quod querela ad ſuos indiſtinctè, & quod ex oppoſitione extraneorū colligitur, etiam non præparata tranſmittatur. Ad quod probādum malè adducit textum iuris antiqui, ex quò querelam niſi præparatam, nec in hæredem ſuum tranſmiſſam fuiſſe probatur *ex l.6.§.ult h.t.& l.ſi quis filiā 34.C eod.* vbi Juſtin. favorabiliter & nove nepoti concedit querelam ex perſona patris, qui ea non præparata deceſſerat, quamvis Tr. mixtim alleget textus iuris civilis antiqui & novi, adeoque hi ad diverſa prædicata ſint referendi, cum hoc ex iure veteri reliquum ſit, vt extra caſum ſui hæredis querela non præparata non tranſmittatur. Sed & non tantum inter hæredem, in quem, ſed etiam & magis à quo tranſmittenda querela videtur diſtinguendum *arg l.7 h.t* quomodo *Salicet. in l.6. Cod. de tranſaction. num 3* non curandum eſſe ait, an liberi in quos querela tranſmittatur, ſint ſui an emancipati.

LIT. B.

Inſtaurari ab hæredibus nequit.] Nota hic pugna eſt inter *l.26 in pr h.t.& l 6.C. de tranſact.* Diſtinctio relata à *Salic in d.l. 6.* an diſceſſum ſit ab inſtantia an ab actione: ſicut & illa, quam *ex Alciat.* refert *Coſtal in l.5 §.ult.* an per repudiationē an liberationem: menti & ſententiæ ICti *in d.l. 27* non convenit. Prima ſolutio Accurſ. quam hic quoque innuit Treut. vt inter ipſum tranſigentem eiuſque hæredem diſtinguatur, *à Salic. & Dd communiter in d.l.6* tenetur. Pro qua facit duplex ratio, tum quod querela natura ſua in hæredes tranſitoria non eſt, vt tanto difficilius controverſiæ ſopitæ reſuſcitatio & reſtauratio illis ſit concedenda: tum quòd in ſpecie *l.27. h. tit.* (*vt in l.6.C. eod. ſcribit. Salicet.*) videtur tantum principium, vt ita loquar, veſtimenti, ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis, quod, videlicet diſceſſio à lite, perficitur demum morte tranſigentis: vt ita in caſu perſonæ principalis tranſigētis adhuc ſuperſtitis, res quodammodo in terminis nudi pacti ſubſiſtere videatur: quod ſecus eſt *in l.6.C h tit.* in qua ſpecie adeò cum & tranſactiones & teſtamenta ſint favorabilia, potius actio præſcriptis verbis, quam inſtauratio querelæ eſt permittenda. Vide etiam *Hottom. in d l.6.C. de tranſact. Fachin. 1. controverſ. 10.*

LIT. C. & D.

Duplex hic proponitur quæſtio, de iure accreſcendi, & edicto ſucceſſorio. De illa dicimus ad th. 15. Huic in querela locum eſſe affirmat *Tr. poſt Bart. in l.14.h t.num.4. Coſtal. in l. 6. §. ult. & in d.l 14 Don. 16 comment. 7.* & alios relatos *à Gomeſ. 1. variar. reſolut. 11. nu. 21 per l. 14. & l 31 ff. h.t.* quibus quidem ita movetur Donell. vt hac in re IC. diſſenſiſſe exiſtimet. Verum huic ſententiæ contradicit *d.l 34 C. h t.* vbi Iuſtin. diſertè ait, patre exhæredato non præparata querela præmortuo, omne auxilium nepotem dereliquiſſe: qui adeò locus non niſi abſurde ad caſum nepotis ex perſona patris agere volentis, referri poteſt. Sed & ratio iuris antiqui hæc eſt *ex l.6. de iniuſt teſt.* vt exhæredatus obſtet nepoti; quod pluribus rationibus confirmat *Gomeſ. citat. loc.* quod videlicet filio quocunque modo à querela excluſo, nepos nō admittatur, quippe cui nec iniuria facta eſt, nec præcedente filio legitima debetur. Et facilis reſponſio eſt ad *d.l 14. & 31. h. t.* quę ſcil. loquuntur de diverſis gradibus: ita tamē, vt, quoniam alterius ius potius eſt, ſimul in querela concurrere non poſſint. Finge filium emancipatum exhæredaſſe filium, pręteriiſſe patrem: vtrique iniuria facta eſt, non tamen ęqualiter, ſed magis filio quam patri; ideoque filius, cuius

cuius etiam in ſucceſſione ab inteſtato potius jus eſt, ad injuriam eam vindicandam, & teſtamentum impugnandum prius: eo autem excluſo vel repudiante, etiam pater, non ex edicto ſucceſſorio, ſed quia ipſe præteritus eſt, ad querelam admittitur.

THESIS VI.

LIT. A

Et nuncupatos.] Nec dubitandi quidem ratio hic eſſe poteſt, quod in hac materia ead. planiſſimè teſtamẽti ſcripti & nuncupati ratio eſt, vtpote in quo æquè exhæredatio & præteritio fieri poſſit. Neque dubito iniuriam hic fieri VVeſemb. apud quem nihil tale. & Schneidevv. qui dum cir. loco ſcripti hæredis facit mentionem, non magis credendus eſt nuncupatum excludere voluiſſe, quam ICtus *in l. 24. & 19. §. vlt h. t.* vbi itidem de ſcripto hærede loquitur.

LIT. B.

Vel fideicommiſſarios.] Querela ipſa utpote tendens ad reſcindendum teſtamentum, non videtur rectâ contra fideicommiſſarium intentati poſſe: ſed potius petitio hæreditatis ex cauſa inofficioſi, vt explicatum eſt ſupra *ad th* 1. Neque obſtat quod Dd. movent *in d. l. 1. C. h. tit.* petitionem hæreditatis nõ dari contra titulo poſſidentem: vel quia hæc regula intelligitur de titulo particulari, fideicõmiſſarius autẽ loco hæredis eſt: vel potius, quod ipſa inofficioſi cauſa adiecta facit, vt ſine titulo poſſidere intelligatur: idque eſt quod dicitur *in d. l. 1.* perinde teneri fideicommiſſarium, atque ſi pro hærede vel pro poſſeſſore poſſideret: de cuius explicatione vide etiam *Ant. Govean. 1. variar lect. 6. & Ant. Fab. 17. coniect. c. 1.*

LIT. C.

Qui hæredis locũ obtinent.] Exemplũ tradit in fiſco *ex l. ſi hæredũ 10. C. h. t.* in cuius ſecunda parte illud ſcrupulũ movet, quod de bonis vacantibus proponitur: quia conſtat querelæ niſi teſtamento facto, & ita alio hærede ſcripto, locũ nõ eſſe. Et igitur aut hæres ſcriptus adiit, & bona vacantia non ſunt: aut repudiavit: & ita deſtituto teſtamento ab inteſtato filius hæres erit: quia non adita hæreditate nullius momẽti eſt exhæredatio *l. 29. in pr. de bon poſſeſſ cont. tab.* in quo videtur labi *Salic. in d. l. 10. C h. tit.* Vidit hoc Accurſ. ideoque ſecundam partem *d. l. 10* non de querela, ſed de petitione hæreditatis interpretatur.

LIT E.

Hoc colore etiam hodie.] Equidem hic color dementiæ in nuda ſcrupuloſitate iuris poſitus eſſe videtur, propter favorem teſtamentorum. Cæterùm hodie duplex ratio Tr. adverſari videtur 1 quod ut ipſe ſ. q. th. tradit, legata præſtanda ſunt, quæ à furioſo relicta non debentur *l. 36 de legat.* 3. ut proinde hodie non plenus dementiæ color prætendi poſſe videatur. 2. quod hodie ex veriori ſententia, vtique communiter recepta, de qua actum eſt th. 1. non locus eſt querelæ in linea recta, niſi ubi cauſa iuſta, ſed ea tamen dubia expreſſa eſt: qui autem ex iuſta cauſa filium exhæredat, nõ poteſt videri demens. quæ ratio eſt *Bart. in l. 5 in fin. & l 13. in fin h tit* idque communiter teneri à Dd. vt tamen hodie dicendum ſit cauſam eſſe falſam, ſcribit *Caſtrenſ. in l. 2 h t. n.* 2. Ex quibus apparet, ex eorum demum ſententia, qui hodieque exhæredatione qualitercunque facta querela opus eſſe contendunt, colorẽ hunc dementiæ admitti poſſe. Planè cum ille color fundetur in eo, quod omiſſæ ſint perſonæ, quibus pietas aliquid relinquî ſuadet, minus in linea transverſali neceſſarius videri poſſit. Planè ratione intentionis, quod vtique filius immeritò & contra officium pietatis exhæredatum ſe contendit, cum nondum de iuſtitia cauſæ conſtet, hodieque ſub colore furoris querelam inſtitui dicemus.

LIT. F.

Ait hodie hæredem probare, 1. quia nemo præſumatur malus. Imò præſumetur quem pater, cuius ſummus in liberos amor, notatit, 2. quia ſint certæ cauſæ. Atqui tantò facilius cauſas illas in ſe non cadere oſtendere poſſit filius: Simplicius dicemus, hoc à Iuſtiniano tributum favori liberorum: cùm alias etiam eius potius ſit probare, qui affirmat, quàm qui negat.

THESIS VII.

LIT. A.

Illud quidẽ rectè ſe habet de loco, in quo querela intentari debet, ſed incõcinna exceptio lit. B. niſi filius per modũ contradictionis agat: neque enim eſt de regula, nec dicitur rectè agere, qui cõventus excipit de inofficioſo: & quod dicitur, reũ excipiendo actorẽ eſſe, eò tantũ pertinet, quod reus non minus exceptionem ſuam, quàm actor intentionem probare tenetur: & tantò incommodius hoc dicitur, quod hic tractatui de ſortiendo foro, cuius intuitu nemo vnquam dixit, reum actoris partibus fungi.

LIT. C.

Tractatur hic de interpretatione *auth. ex cauſa, C. de liber. præter.* quam ita accipit Treut. cum aliis vulgò, quod reſciſſo per querelam teſtamento

mento legata debeantur. Et hoc quidem liquidum eſt ex eorum ſententia, qui in caſu *Nov.* 115 *c.3.* querela opus eſſe putant: Verum dubiũ habet ſecundum eam opinionẽ, quæ citra querela ipſo iure teſtamentum ſtatuit eſſe nullum. Neque deeſt diverſitatis ratio, quod in iudicio querelæ, dubius litis eventus ſubeundus eſt; at in ſpecie *d. Nov.* 115. ipſa lex citra ullum periculum hæreditatem adiudicat: & nihil eſt vulgarius aut receptius, quam quod conſtitutiones correctoriæ ad caſus diverſos neque ex paritate rationis ſint extendẽdæ. Poterit igitur hoc fortaſſe paradoxon defendi, reſciſſo per querelam teſtamento neque hodie legata deberi: idque fortaſſe rectiùs, quam ut cum *A. Fabr. decad.* 39 *err.* 3. duplicem querelam conſtituamus, alterã veterem, alteram novam: ita quidem ut ſi veteri quis uti, & onus probandi ſe non fuiſſe ingratum, in ſe ſuſcipere velit, hodieque teſtamentum totum una cum legatis & fideicommiſſis expugnare poſſit.

Non in præteritione per patrem] Diximus de hoc ad th.1. lit. B.

An in præteritione poſthumi] Non obſcurè affirmat Tr. eamque communem Dd. ſententiam eſſe *Iaſon.* (ſibi tamen contrarius *l.8 C. de impub. ſubſtit n.*8.) ſcribit *in d. auth n.*2. Contraria tamẽ opinio verior videtur: vel quia eiuſmodi teſtamentum vitio interno laborat, vel quia verius eſt, d. auth. ex cauſa ad præteritionem paternam non pertinere: quam opinionem à Gloſſa & multis antiquorum probatam fuiſſe teſtis eſt *Iaſ. in d. auth. n.*1.

An in præteritione fratris.] Difficultas huius quæſtionis non videtur magna ex opinione eorum, qui cũ *Tr. th.*1 *in fin.* ex cauſa *Nov.*115. querela opus eſſe exiſtimant: ita enim ſtatuemus, quod auth. illa ad teſtamenta ipſo jure valida, & per querelam reſciſſa pertineat: cum etiã teſtamentum in quo frater præteritus eſt minùs ſit odioſum. Cæterum ſi in caſu *d. Nov* 115 teſtamẽtum ipſo iure nullum ſtatuas, & conſervationem legatorum, iuxta paulò ante notata, ad illũ caſum reſtringat, defendi poſſit, expugnato per querelam fratris teſtamento legata non deberi: quam ſententiam tanquam certam & communem refert & ſequitur *Iaſon in d. auth. ex cauſa, n.*16. tamq; de iure veriorem, ſed alteram æquiorem dicit *Salic. in l.* 27. *C. h. t.* & unum diſſentire Bald. idem *Iaſ ſcribit in d. l.* 27. *col.* 2 *&* 3. ex eo quod conſtitutio correctoria ſit extendenda, ubi aliàs ſequeretur abſurdum: quod abſurdum ſcil. innuit Tr. in extremo th. ne fratres meliores ſint conditionis Et hoc tamen dupliciter removeri poſſit, tum quia diverſa ratio eſt, ubi teſtamentum poteſtate juris, & ubi per querelæ iudicium evertitur: tum quia aliàs *d. Nov.*115. cõditionem liberorum in multis fecit pinguiorẽ, quæ ad fratres non niſi turpi perſona inſtituta ſuccurrarur Ratio autem Tr. à generalitate authen ex cauſa deſumpta, nullius momenti eſt: quoniam *Nov.* 115 *c.3 &* 4 ſatis perſpicuè de parentibus & liberis loquitur.

THESIS VIII.

Lit A & B.

Immeritò] Ratione intentionis: quia cauſa etiam eſſe iuſta, & qui querela agit, ſuccumbere poteſt.

Cum liberos tùm parentes] Non rectè omittit fratres: & fortasſis ubi quæritur, an graviores cauſæ admittendæ, non rectè parentes exæquãtur liberis, quoniam verba taxativa, quæ ſunt in *Nov.*115 *c.3.* non extant *cap.*4. & liberi quibus à natura & magis debetur hæreditas parentum, difficiliùs ab ea removeri poſſe debent: quamvis replicari poſſis, quò gravius peccant liberi offendendo parentes, eo facilius pares aut maiores cauſas eſſe admittendas: & cum idem ius appareat utrobique ſtatuere voluiſſe Iuſtinianum, clauſulæ *c.* 3. *ad c.*4. erunt fortasſis repetendæ

Lit. C.

Opinio quam hic improbat Tr. & quæ maiores vel æquales cauſas admittit, communis eſt, teſte *Iaſ. in auth. non licet. C. de lib. præt. num.*6. (ubi tamen refert Alexand. cõtrarium ſtatuentem) &, ut ego quidem exiſtimo omnino recipienda: licet nec menti, utique non verbis Juſtin conveniat *in d Nov.*115 *c* 3. qui cum duplex vitiũ antiquæ Iuriſprudentiæ corrigere ſe velle profiteatur; quod olim & admittebantur iniuſtæ, & omittebantur iuſtæ exhæredationis cauſæ, ſiquidem aliæ admittuntur, poſterius vitium ſublatum non eſt: frivolum enim eſt. quod de certis quibuſdam LL. quidam comminiſcuntur, cùm præſertim cauſæ exhæredationis olim eſſent in arbitrio & cognitione centum virorũ poſitæ. Verùm quæcunque etiam fuit mens Iuſtiniani, ut maiores & ſimiles cauſas admittamus ſumma ratio ſuadet: neque odioſum, ſed iuſtum & favorabile habendum eſt, ingratum filium ab hæreditate paterna excludi. id vero odioſiſſimum eſſet, patrem cogi, ut impio & indigno filio bona ſua relinquat Scio equidem eſſe,

eſſe, & ex horum numero citatum Connan. qui diſtinguant inter delicta, an recta in alios an Rempubl. committantur, velut, veneficium, rebellio, proditio patriæ, quæ pro exemplis graviorum cauſarum refert *Iaſon in d. auth. non licet. C. de lib. præter.* an verò immediatè ipſum parentem reſpiciant, cuius generis peccata Iuſtin. recenſere propoſitum fuiſſe exiſtimat Connan. non verò ea, quorum convicti non hæreditate, ſed vita privantur: quam etiam olim ſententiam fuiſſe *Martini Laudenſ. d. loc. refert. Iaſon.* Verum admiſſa hac opinione, nihilominus iſtos errare exiſtimo, quod omnes omninò cauſas, quæ patrem concernere poſſunt, *in dict. Nov. 115.* enumeratas eſſe, nec plures dari poſſe opinantur: quippe cum facta ſingularia, quodammodo ſint infinita: vt proinde temerarius videatur fuiſſe Tribonianus, ſiquidem omnes ingratitudinis cauſas, quandocunque emerſuras, enumerare ſe poſſe, ſibi perſuaſit: & prudentius feudiſta, ſemper naturam ait deproperare novas edere cauſas. Illi autem planè nō audiendi, qui ſub ſecundam cauſam caſus ſingulares referre volunt: & illa ſecunda omninò de iniuria verbali accipiēda eſt: quod aliàs cauſa generalis præmittenda, & cauſam primam de iniuria reali, quæ vtique gravis eſt, & tertiam exprimere nihil neceſſe fuiſſet. Neque dubium eſſe poteſt, quin Iuſtin. cauſas ſpeciales tradere propoſitū fuerit: cæteroquin ineptè alias cauſas admitti prohibuiſſet: quin generalitate iſta admiſſa tota iſta diſputatio, an ſimiles vel graviores exhæredationis cauſæ ſint admittendæ, ieiuna planè & inanis futura eſt.

THESIS IX.

LIT. A.

Quia filius voluit.] Vera hæc ſententia eſt, non excludi propterea filiū à querela inofficioſi: & rationes Accurſ. cit. loc. militant in caſu, quo filius poſt mortē patris conſenſum accommodavit: Vivo autē patre voluntas illa effectu caret, cum eo tempore nullum ad hæreditatem patris ius habeat: qua de cauſa conſtat, hæredē ſcriptum vivo teſtatore fruſtra de Falcidia paciſci: cū etiam huiuſmodi voluntas admiſſa implicatet renunciationem hæreditatis, iure invalidam: quæ rectior ratio videtur, quam qua Tr. vtitur, quod voluntas illa adverſetur diſpoſitioni legis: quæ quidem ita nudè accepta, principium petit, & aliam porrò rationem deſiderat.

LIT. B.

Quod ſe exhæredem ſcripſit.] Hoc quoque verū puto contra *Gloſſ. in cit. l. 8. de bon. poſſ. cont. tabb. & Iaſ. poſt Dd. in auth. non licet, C. de liber. præt.* Neque obſtat *dict. l. 8. §. 6.* quia nocet illa adſcriptio, vt excludatur à bonorum poſſ. contra tabb. de qua ibi agitur, & vt teſtamentum valeat quod aliàs eſſet nullum, non autem ut excludatur à querela.

LIT. C.

Diſtinguendæ hic ſunt quæſtiones, an v. c. furor aut pœnitentia exhæredationem factā præverterit, an ſequuta ſit. Equidem quod exhæredatio facta furore ſuperveniente non tollatur, magis affirmat Iaſon. cui eod. teſte, contrarius eſt Bart. vterq; adeò malè à Tr. lit. D. allegatus.

Non per nudam reconciliationem.] Rationem addit, quod ſi exhæredatio extincta eſſet, filius maneret præteritus, & teſtamentum nullum. Et tamen in hoc nihil video abſurdi, & favorabiliter teſtamentum nullum dicere præſtat, quā filium, cum quo pater recōciliatus eſt, cum nota ab hæreditate excludere. Et cum pleriſque caſibus eadem ſit vis taciti quæ expreſſi, pater reconciliatus iniuriam remiſiſſe videtur. Sed & iudicium hic Tr. deſidero, qui non animadvertit, idem hoc, quod pro abſurdo habet, eventurū in caſu remiſſionis expreſſæ, qua tamen cauſas exhæredationis tolli ipſe affirmat. Sed nimirum hoc abſurdum quoque facilimè removetur, ſi dixerimus, ſive remiſſione expreſſa, ſive tacita, videlicet reconciliatione, exhæredationis cauſam non ita tolli, vt habeatur pro non facta, & teſtamentum annulletur, ſed ut inhibeatur effectus, & filio querela agenti, ſi ingratitudo obiiciatur ope replicationis, quod ingratitudo remiſſa ſit, ſuccurratur.

LIT. D.

Neque placet conciliatio.] Eadem diſtinctio eſt apud *Covarr. in cap. Rainucius de Teſtam. n. 27.* ſed tamen in caſu *ſeq. lit. E de pœnitentia, qua lit. pro diſſ.* Covarruvias citatur ſed non ſatis bona fide: ſiquidem *Covarr. ibi nu. 27.* diſertè ſcribit, quod pœnitentia tantum operetur remiſſionem delicti in foro animæ, non autem tollat exterioris iudicii pœnam. Diſtinctio autem illa rectè explicata defendi poſſe videtur: v. c. ſi filius arenarius, obliquè, ſi manus inferat patri, directè offendit patrem: hoc caſu nihil, ſed illa aliquid pœnitentia operabitur, ita ut ſi filius relicto illo vitæ ſtatu alium elegerit, contra allegatam ingratitudinem, replicatione mutatæ vitæ ſe defendere poſſit: quandoquidem etiam hæc non in finibus nudæ & ſimplicis pœnitentiæ ſubſi-

Digitized by Google

ſtit, ſed rem in integrũ reponit: facit, quod qui atenatius fuit, ſi tempore teſtamenti cõditi amplius nõ ſit, nõ rectè exhæredabitur *arg. Nov 115. c. 3. §. 10 Ibi ſi atenarius permãſerit*: quomodo crediderim, hæreticũ, qui reverſus eſt ad fidem, ad hæreditatẽ patris admittendũ eſſe. Et ita ſc. accipienda erit cõmunis Dd. ſententia, de qua atteſtatur *Iaſ. in d. auth. non licet C. de lib. præt. num. 2.*

THESIS. X.

LIT. A.

Et quia] Redditiuum *ideo* & quæ illud ſequuntur, ad ea quæ initio lit. A, B & C. proponuntur non rectè referuntur.

Nominatim.] Iure veteri inter gradum & ſexum differentia hic erat: quæ propoſita & ſublata à *Iuſtin. tit. I. de exhær. lib.*

LIT D.

Et quidem cauſa oppoſita] Contradicit ei quod tradidit *th. in fin.* etiamſi nulla cauſa ſit adiecta, teſtamentum tamen, validum & querela impugnandum eſſe.

LIT. E.

Admittendi non ſunt.] Diximus de hoc ad th. 1. & diſtinctionem ibi traditam huc repetimus.

LIT. F.

Sed filius præteritus.] Præteritus ſcil. eſt, qui neque exhæredatus eſt, neque inſtitutus, *in pr. I. de exhær. lib gl in l. 5 §. 1. h. t.* Neque ſi pater v c dicat, ſimpliciter, filius violentas mihi manus intulit, protinus exhæredatus cenſeri debet, cum & ſub tali demonſtratione filius inſtitui poſſit *l. 48. §. 1. de hæred. inſtit.* & in exhæredatione non quidem ſolemnibus, ſed tamen verbis opus eſt *l. 3. C de lic præt.* & exhæredationes adjuvandæ non ſunt *l. 19. de lib. & poſth.* Planè ſi pater dixerit, filium prætereo, quia ingratus, pro exhæredato eum habendum non dubitem, *argum. d. l 3. Cod. de liber. præt.* Cæterum illo caſu, quo pro præterito habetur filius rectè negat Treutler, eum, licet probata ſit cauſa, excludi: procul enim illorum ſententiæ mittendus nuntius eſt, qui etiam ab inteſtato ingratitudinem filio objici poſſe exiſtimant: omninò abſurdè, cùm etiam exhæredato filio citra expreſſionem cauſæ, Iuſtin. quæſtionem ingrati moveri nolit *l. 30. C. h. t.*

Nam neque tunc.] Hæc tranſpoſita ſunt, & ad lit. E. pertinent, ad confirmandum, quod cauſa probata, nõ excludatur filius præteritus: quamvis quod de cauſa inſerta dicitur ad lit. F referẽdum ſit, ſed inſubtilem planè & nullam eius cõtinet probationem: ſiquidem vbi filius præteritus eſt, vitiũ non pendet à cauſa, vt adeò ea probata fruſtra de convaleſcentia teſtamenti diſputetur: ſeu tum vbi exhæredationi filii cauſa adjecta non eſt. quia tum videri poſſit, ſi cauſa ab hærede poſt probetur, perinde habendum, ac ſi ab initio teſtamento fuiſſet inſerta.

LIT. G.

Etſi adiecta clauſula codicillaris.] De tribus præcipuè circa hoc quæri poteſt: de teſtamento reſciſſo ut inofficioſo, de teſtamento nullo, & per agnationem rupto. In priori, quod præcipuè huius loci malè omiſſum eſt à Treutler. ea ratione iuris antiqui certum eſt, clauſulam codicillarem fruſtra eſſe, quod voluntas à furioſo condita fingitur *l 13. h. t.* cuius nec codicilli valere poſſunt *d. l 13 & l 36. de legat. 3.* Et ego ſecundũ eos, qui, vt ſupr. notatum, hodie id ſublatum putant, aliud fortè ſtatuendum, cum *Bart. in l 13 h. t.* In altero ſententiam ſuam obſcure proponit Tr. dum ait, non excludi filium, etiamſi ſit adjecta clauſula codicillaris. Atqui in teſtamento nullo poſito, quin filius ab inteſtato ſuccedat, dubitari non poteſt. Sed illud quærendum eſt: An filius ab inteſtato admiſſus vi illius clauſulæ fideicommiſſo, tanquam codicillis relicto obſtringatur. Quod quidem negat ia Treut. cum adductis à *Clar. quæſt 46 & Fachineo 4. controv.* 11. ex ratione ſubiecta apparet, quod clauſula illa magis ex conſuetudine Notariorum apponatur. Et ha e tamen ratio non concludit, quia hic quæritur de jure & effectu illius clauſulæ, quam a teſtatore vel illius voluntate adiectam in dubio præſumimus: cum etiam non neceſſario neque ſemper à Notariis teſtamenta ſcribuntur. Ego contra Treut. & Fach. cum communi ſentio, ex hac certa ratione, quod clauſula codicillaris hoc operatur vt defunctus ab inteſtato cum codicillis deceſſiſſe intelligatur: quo caſu vtique filium gravari potuiſſe fideicommiſſò nemo ambigit: vt proinde inepta ſit quorundam obiectio, quòd filius non habeat legitimam titulo inſtitutionis: de quo patre famil inteſtato mortuo fruſtra diſputatur. Probat hanc ſententiam tum generalis textus *inſ. 29. §. 1 de teſtam.* (atqui exceptio probari non poteſt) tum magis expreſſus *in l. vlt. §. 1. C. de codic. ill* quo probatur, teſtamentum etiam ob defectum ſolemnitatis nullum, puta ſi rogatio omiſſa, vel tãtum quinque aut ſex teſtes adhibiti ſunt, virtute huius clauſulæ ſuſtineri: quomodo quidem vulgò Dd. loquuntur, licet paulò inſubtilius, ſed affectum rei reſpiciunt, & hoc intelligunt, quod per clau-

ſulam

Digitized by Google

ſolam illam cenſeatur hæres rogatus ab inteſtato, reſtituere hæreditatē per fideicommiſſum: vt diſertè hoc explicat *Clar. in § teſtam. q. 46. in princ.* & proinde non erat, quod rantoperè hic & nudis dentibus irrideret Doctores ſuperciliosſus ille, & iniquiſſimus Dd. interpretum, & tamen ſine ſuffragiis cenſor. *Ant Fab decad 20 err.* 5 Et igitur cōcludo, vi clauſulæ obligari filium fideicommiſſo: niſi ea ſola conſuetudine notarii adiecta probetur. Tertia quæſtio de teſtamento per agnationem poſthumi rupto, magis dubia eſt, teſte *Clar d q 46.* Vbi cum Bart & Clar. qui eam opinionem & veriorem & æquiorem, & hodiè utiq; communem magis eſſe ait, diſtinguendum puto, an poſthumus ſcienter an ignoranter ſit præteritus, vt ſcil hoc poſteriori caſu fideicommiſſo non teneatur. 1 Quia codicillis ad filium ſcriptis poſthumus poſtea natus partem fideicommiſſi non præſtat: quòd nihil tum de poſthumis teſtator ſperaviſſet *l is qui vnum 19. de iure codicil.* idemque de filia poſt mortem patris nata ex eadem ratione reſpondetur *in l. quigravi 10 eod tit* cui non obſtat *d. l 19. in fin.* quia ſpecialis eſt ratio & favor libertatem *l. cum pater 77. §. 29. de leg 2.* Deinde quoniam, ſi defunctus reliquit fideicommiſſa à conſobrina, ea tantum pro parte præſtantur, ſi conſobrinam tantùm ſucceſſuram exiſtimavit *d l. 77. § 29.* Si igitur ille qui partem aufert, in partem intercidere fideicommiſſa facit, ſi tempore codicillorum ſcriptorum de eo non fuit cogitatum: etiam poſthumo nato poſt teſtamentum conditum ſolidum auferente, quem in utero eſſe ignoravit teſtator, nulla omninò fideicommiſſa præſtabuntur, neque dubitabimus hoc caſu poſito idē dicere, (ex quo præcipuum Fabri corruit fundamētum) etiāſi omnino ab inteſtato, qui gravi vtero vxorem eſſe ignorabat, ſcriptis codicillis deceſſerit: cùm & textus ſupra adducti de hac ſpecie loquantur. Sed obiicit *Ant. Fab. decad 20 error. 7.* multum intereſſe, an defunctus ad certam perſonam, an indefinitè ſcripſerit codicillos? Reſp. codicillis ſimpliciter relictis comprehenſas intelligi quidem eas perſonas, quæ ab inteſtato ſunt ſucceſſuræ, non tamen eas quas teſtator nullo modo ſucceſſuras, imò ne quidem in rerum natura eſſe putavit futuras. Et quidem favorabiliter pro poſthumo dicamus, patrem, qui eum in utero eſſe ignorans, fideicōmiſſa relinquit, non omninò incertas perſonas gravaſſe videri, ſed quas à Lege proximis agnatis hæreditatem adjudicante, ſatis ſciebat expreſſas. Illud conſtat, quod ſub his nullo modo comprehenſum voluerit poſthumum, quē naſciturum ignorabat, & ſi ſciviſſet, veroſimiliter fideicommiſſo gravaturus non fuiſſet *arg. l. cum avus. 102. de condit & demonſt* Accedit quod eius generis coniecturæ præcipuè locum habeat in materia fideicōmiſſorum, in quibus dominatur defuncti voluntas, cōtra quam fecerit, qui poſthumum, proculdubio dilectiſſimum teſtatori fideicommiſſo hic obſtringat: cuiuſmodi coniecturis etiam in aliis caſibus locus eſt *l. 3. C. h. t. l. cum mater. 28. ff eod.* vt adeò vel maximè poſthumum ſtricto iure obligatum, defendere debeamus exceptione doli, qua excluditur omnis, qui contra præſumptam etiam teſtatoris voluntatem petit *l. 13. inſ & l. 15 de adim. legat l. 4. §. 10. de dol. except l. 36. § 3 de milit. teſtam. l. 28. de mort. cauſ. donation arg l 19 §. 3. de R. I.* Enimverò in eo errat Ant. Fab rationem legum ſupra citatarum *l. 11. & 19 de iur. codici l. l 77. de legat. 2.* in eo poſitam exiſtimans, quod ad certam perſonā codicillos ſcripſerit teſtator, quippe quam magis ita onerare voluiſſe videri poſſit: cum tamen hæc vera ratio ſit, quod de perſona concurrente nec ſperavit nec cogitavit teſtator. His cōſequens eſt, cum opinio hæc in præſumpta teſtatoris voluntate fundetur, ſi poſthumo poſt teſtamentū nato, pater ſupervivens, illud cum poſſet, non mutaverit, vt poſthumum fideicommiſſo teneri dicamus: quod hic nihil aut parum ab eo differre dicatur, qui ſciens præteritus fuit: quam etiā multorum ſententiam refert *Clar. d q 46.* à qua male recedit *Fachin. 4. contr. 13.* fruſtra adducta *l. 13. D h. t.* vbi ex cauſa inofficioſi teſtamentum tanquam a furioſo conditum reſcinditur: & falſum illud ut Fachin. ait, eum qui poſthumum præterit, haberi pro demente: quo etiam admiſſo ſequeretur contra ipſius Fachin. mentem *d. libr. 4. c 12.* nec ſcienter præteritum poſthumum fideicommiſſum debere: in quo tamen ſibi parum convenit, quia eiuſdem libri cap. 11. in genere negat clauſulæ codicillaris effectum, ad caſum filii à patre præteriti pertinere.

THESIS XI.

Lit. A.

Si relicta ſit legitima] Hoc quidē in recta linea liquidum eſt, ſed in tranſverſali à Dd cōtroverſum Bart *in l 27 C. h. tit.* fratri præterito etiamſi totam legitimam habeat, Salic. ibid ſi totā non habeat, querelam non actionem ad ſupplementum dat. Sunt & qui ſimpliciter fratri præterito etiamſi plus legitima acceperit, querelam concedunt,

Digitized by Google

cedunt, quorum meminit Iaſ *in d. l. 27. col. 2. &* 4. Alii regulam ſequuntur, quod ſive legitima tota ſiue pars re icta ſit, querela non habeat lo cum. Quæ videtur ſententia *Bald in d. l. 27 C. h. t.* eamque probat *Teſſarus deciſ. 128* vbi plures allegat & text. generalem *in l. omnimodo 30 C. h. t.* fac, quod, vt Bald cit. loc ait, etiamſi pater turpem inſtituiſſet perſonam, filius tamen accepta legitima vel parte, teſtamentum impugnare non poſſet: & quod parentibus & liberis negatum eſt, fratribus concedi non debet: & quantum hic movere poteſt odium hæredis instituti, in quo ſolo diſſ. opinio fundatur, tantum ibi ponderis habere debet, favor parentum & liberorum.

LIT. B.

Portio eius quod ab inteſtato.] Ieiuna videtur hæc quæſtio, an legitima ſit portio eius, quod ab inteſtato debetur, an totius ſubſtantiæ: quoniam hæc nonniſi patrefam. mortuo debetur. Et Salic. annotato loco illud non negat, ſed inter alia, hoc quoque argumento, contra eos, qui filiam à ſucceſsione inteſtati excluſam, legitimam petere poſſe negabant, vtitur, quod legitima ſimpliciter ex ſubſtantia patris debeatur, quomodo ipſe loquitur *Iuſtin in Nov. 18. c. 1.* Cæterum expedita diſtinctio eſt: quod aut quæritur de omnibus qui ſuccedere debent, coniunctim, aut quibuſdam eorum: illo modo legitima portio totius, hoc portio portionis. adeoque vbi unus ſuccedit ſemper portio totius eſt.

In legitima matris.] Ex præmiſsis facilis videtur deciſio huius quæſtionis, quæ, vt rectè *Fachin. 4. cont. 29.* formanda eſt de caſu ſucceſsionis teſtamentariæ, vbi mater inſtituta eſt: & nimirum aut fratres ius ſuccedendi cum matre ſive initio habent, ſive per querelam conſequuntur, aut non habent: illo caſu legitima matris eſt tertia tertiæ, hoc tertia totius: ſiquidem conſtat unam legitimam, ſive unam quartam, in omnibus etiamſi multi fuiſſent, iure antiquo poſitam fuiſſe de quo *v. etiam Salic. in Auth. noviſſima, C. h. t n. 8.*

Aut fratres ſunt præteriti.] Intellige, niſi turpis perſona ſit inſtituta: quia alias querelam haberent, & everſo teſtamento cum matre concurrerent.

Aut certum illis legatum relictum.] Non ſatis capio, quò hæc verba pertineant, ſiquidem fratrē ſimpliciter nullo etiam dato legato præterire licet. Neque poſſis ea referre ad caſū turpis perſonæ inſtitutæ, quò videl. iuxta notata lit. A, agant ad ſupplementum: ſiquidem hoc caſu concurrent cum matre, cui adeo legitima tertia totius eſſe non poterit.

Quam tamen legata minuunt.] Hoc quidem regulæ contrarium eſt, iuxta quam non minuunt legata legitimam, ſed illa per hanc minuuntur: neque exceptionem non fundatam textibus admittemus.

LIT. C.

In linea recta iure natura.] Non ſatis ſubtiliter vulgo dicitur, legitimā deberi iure naturæ. Rectius ita quod cū tota hæreditas liberis iure naturæ & gentiū debeatur *l. 7 in pr. de bon. damnat. l. 7. in fin. unde liberi.* (in quo labitur *Ant. Fab decad 15 error 3.* ſucceſſionē ab inteſtato quoque planè ad jus civile referēs) iuri illi hac in re per ius civile hactenus eſſe derogatum, vt parētes liberè de bonis ſuis diſponere poſſint, excepta ſaltē, ne ius civile in totū à naturali recedere videretur, aliqua portione, quæ reſpectu definitionis & quantitatis nō male dicitur eſſe iuris civilis: nō obſtante, quod iure civili inductum, eodē tolli poſſit: vel quia ratione quantitatis hoc verum eſt, vel quia eo ipſo, dum legitimam hāc determinavit ius civile, à iure naturali receſſit, neq; ius civile hanc portionem liberis antea nihil habentibus aſſignavit, ſed ex toto partem decidit. Et hoc reſpectu dici poterit legitima iure naturæ debita: vel quia totum eo jure debetur. vel quia de parte facultatem diſponendi parentibus relinquere, & ipſum iuri naturæ vel gentium potius non eſt inconveniens.

Verum non ſequitur.] Dd. ſententia hic improbata Treut probabilis videtur, non ead ratione bona liberorum parentibus, & horum illis deberi: ſi fides habenda *ICto in l. 7. in fin. vnde liberi.* vbi oppoſitio arguit, natura parentibus bona liberorum non deberi: & quicquid etiam videatur Tr. concludens ratio eſt ex *l. 15. D. h. tit.* quod ubi turbatur ordo naturæ, non ſuccedatur iure naturæ: quo facit quod ex conſtitutione *Iuſtin. in l. 13. C. de legitim hæredib.* cuius iuris etiam *in Inſtit quib. non eſt permiſſ facer. teſt* mentio, fratres fratribus excluſo patre ſuccedebant: & ex ratione iuris antiqui patres fere non niſi iure patronorum aut peculii bona liberorum conſequebantur: licet facilè admittam, quòd etiam ex ratione iurisgent patres ratione proximæ coniunctionis, ad ſucceſsionem liberorum vocētur. Facit, quod inſtinctu quodam naturæ liberos ſibi optant ſuperſtites, omnia liberis & liberorū cauſa parant, qui ideò vivo etiam patre quaſi

quaſi domini bonorum videntur *l. 11. d. lib. & poſthum.* quæ vice verſa de parentibus dici non poſſunt. Vnde illud Senecæ d. conſolat ad Martiam ca. 10 omnes noſtros, & quos nobis ſuperſtites naſcendi lege optamus: & inſignis locus apud Tacitum 16. annal. vbi de loctu genero & filia, tyranni iuſſu ſectis venis mortem ſibi inferentibus ſingulos, ait precatos animæ ſuæ celerem exitum & relinquerent ſuos ſuperſtites, ET MORITVROS: & hinc illud Eumenij in gratiarum actione ad Conſtantin. Omnes conuolarunt, vt viderent, quem libenter ſibi ſuperſtitem optarent: & illud Plutarchi d. conſolat, ad Apollon καὶ ἐσθλὸς οὐκ ἐκείνου τελευτῆσαι, οἰόμενος χρῆσαι θνητοῖς μεταλλάξαντα τὸν βίον. τοῦτο γὰρ εἶναι κατὰ φύσιν τὴν ἡμετέραν δηλονότι καὶ τὴν ἀνθρωπίνην. Illud quoque admitto, ex iure gentium, magis parentibus quàm fratribus bona liberorum deberi: & propter arctiorem coniunctionem, & propter ſumma beneficia, quæ liberi à parentibus acceperunt, eoque pertinet, quod ICtus ait *in l. 15. h. t.* parentibus piè relinquendum eſſe: qua de cauſa etiam indiſtinctè parentibus præteritis querela datur.

In tranſuerſali.] Non puto hoc probandum, quod fratribus ex mera diſpoſitione iuris ciuilis ſucceſſio debeatur: ſed cognatos etiam ex iure gentium ad ſucceſſionem vocari putamus. Illud tamen facilè admitto, quod non ex ſpeciali aliqua ratione iuris naturæ fratres vocentur; ideoque iuri ciuili in moderanda hac ſucceſsione plus eſſe permiſſum, etiamſi uſque ad fratres omnino ſucceſsione excludendos.

LIT. D.

Sic legitima filiarum in bonis feudalibus.] Affert hoc pro exemplo, legitimæ iure naturæ debitæ, ſtatuto minuræ Haud ſcio an ſatis cautè: ſiquidem bonorum feudalium diuerſa ratio, & in ijs ita ius conſtitutum, vt omnino filiæ à ſucceſsione ſint excluſæ: vt proinde contra regulam in theſi à Tr. propoſitam, nihil ex feudis ſiue ipſis, ſiue eorum æſtimatione, nec legitima quidem fœminis debeatur, etiamſi feudum hæreditariũ aut emptum proponatur: quæ ſententia hac ratione firmatur. Quod non eſt conferendum ex eo quoque nil alijs debetur, ſed id præcipuum retinetur. Atqui feudum hæreditarium vel emptum non venit in collationem. E &c Adſumtio probatur 1. quia in his feudis fœminæ vel planè non, vel extantibus vtique maſculis non ſuccedunt: quod de feudo empto probat poſt plurimos *Vult. 1. de feud 9 num. 44.* de hæreditario *text. 1. feud 6 & 8. §. filia. & 2. feud. 17. verſ. non enim. Vult. 1 feud 8. n. 26 Piſtor. p. 2. q 35 n. 10 Zaſ. de feud. p. 8 n. 44 in fin Boreh de feud. c. 7. n 66. Rol. à Vall. 84. conſ. vol 4. n 14. Oſaſc deciſ. 23 n. 5 Knich. de veſtit. pact c. 4. num. 51 & c. 5 n 9. & ſeqq.* Ratio connexi eſt, quod collatio rem effectu facit hæreditariam *Azo in ſumm. C. de collat.* nec tantum rei ipſius, ſed etiam æſtimationis præſtatione collatio fit *Dec in l. 13. C. de collat* ita vt quibus æſtimatio confertur, conferri ipſa res, & in ea ſuccedere videantur: quibus adeò ius ſuccedendi non eſt, ijs nec conferendum eſt *Piſt part. 2. q 38. n 21 & ſeqq.* 2. Quæ ratio eſt filiæ in ſolidum excluſæ, quoad collationem abſolutè, eadem illius eſt excluſæ à ſucceſsione rei alicuius, quoad iſtius rei collationem: Quia quod iuris eſt in toto quoad totum, &c quomodo hoc inducit *Piſt. d. q. 38. numer. 21. in fin.* atqui filiæ ſtatuto à ſucceſsione in ſolidum excluſæ nihil conferendum eſſe conſtat. Ergo, &c. 3. Quæ ratio eſt eorum, quæ iure maioratus primogenito ſoli competunt, ad fratres reliquos, eadem eſt eorum, quæ maſculis tantum debentur, ad fœminas. Atqui illa fratribus reliquis non cõferuntur, nec ex ijs legitima debetur *Piſt d. q 38. n. 9. Tiraq. de iur. primogen q. 51. in fin* Ergo, &c. 4. In terminis ſcribit *Schrad. de feud part. 7. c 5. n. 52.* feudi nouiter empti æſtimationem fœminis conferendum non eſſe, quia in ea non ſuccedãt: & quod ex feudis hæreditatijs nec quoad æſtimationem legitima filiabus debeatur, tradit latè *Piſt. d p. 2 q. 38. n. 20. & 26 Schrad. de feud p. 7. c. 5. n. 46. Vult. c. 9. n. 58.* ſiquidem negato iure ſuccedendi negatur ius legitimæ *Piſt. d loco n. 15 Tiraq d. iur primogen q. 55. n.* vnde ex eo quod primogenitus præcipuum capit, nec legitima fratribus debetur, *Tiraq. d tract q. 5. Piſt d q. 38. n. 34* Et cum igitur in feudo empto fœminæ non ſuccedant, ſequitur contra Tr. eum nec legitimam jis deberi Neq; obſtat, quod feudum emptum ſit improprium, per late notata *à Vult. lib. 1. feud c. 8. n. 44* quoniam inde ex eo legitimam deberi non infertur, quoniam feudum in vno alteratum, non alteratur in alio, ſed regulatur ſecundum ius feudorum *Vult. d. c. 8. nu. vlt. Clar. §. feudum. q. 16 n. 2.* & in terminis feudum emptum, excepto eo, quod gratuitum non ſit, in alijs omnibus proprium cenſeri, tradit *Fich. part. 1. conſ 10. n 3. Zaſ. d feud. p. 12. concluſ. 3.* eamque communem teſtatur ſententiam *Roſenthal 2. concluſ. 61. num. 1.* & quod ijſdem modis admittatur

Kk 3

tatur *c.10. concluſ 33. nu. 92.* Hanc autem quæſt. repetit. Tr. th. vlt. in fin.

THESIS XII.

LIT. A.

An legitima ſolo inſtitutionis titulo, &c.] Communiſſimè hoc affirmatur à Doctoribus *in auth. nouiſſ. C. h. t. per Nou. 115 c. 3. in pr.* per quam derogatum eſt iuri veteri, quod ab ipſo Iuſtiniano in Inſtit. traditum & repetitũ eſt *Nou. 18. c. 1.* (Neque enim nouum Iuſtiniano, Proprijs ſanctionibus identidem derogare.) Scilicet iure veteri filius etiam optimus quocunque titulo relicta legitima exhæredari poterat: quam iniuriam Iuſtinianus tollere voluit, vt ipſe profitetur *d. Nou. 115. c. 5. in princ.* Et tamen non totam legitimam neceſſum eſt titulo Inſtitutionis relinquere, ſed quamcunque partem, ita vt reſiduum actione ad ſupplementum petatur, vel quocunque titulo relictum in legitimam imputetur: quin imò etiam in re ſingulari, in paucis etiam thaleris filium inſtitutum eſſe, ſufficere exiſtimant Dd. quos refert & ſequitur *Iaſ. in d. Auth. nouiſſ C. h. t. n. 15.* quin nec deſunt, qui nudum titulum inſtitutionis citra vllam rem ſufficere putant, ſi modò filius aliunde, ſingulari etiam titulo legitimam conſequatur. Quibus ſane opinionibus cauſam præbuit Iuſtin. *in d. Nou 115. c. 5. in princ.* vbi ait ſubſiſtere teſtamentum, modò filius hæres ſit nominatus, & certis rebus contentus eſſe iuſſus: ſolam enim eſſe intentionem eius, exhæredationis iniuriam auferre: vt ita ſola & nuda & nominalis inſtitutio ſufficere videatur. Et vix eſt, vt verba illa Iuſtiniani alium intellectum admittant, licet à ratione iuris hoc ſit alienum, & filius ita nomine tenus inſtitutus re vera non hæres, ſed legatarius ſit, ex ipſius Iuſtin. conſtitutione *in l. quoties 13 c. de hæred. inſt. iuncto §. ſi quis 9 Inſt. d. fideic. hæred.* vbi talis inſtitutus pro legatario habetur, & nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. Nec multũ intereſſe videtur, an quis nomine ten⁹ legato relicto inſtitutus, an in re certa inſtitutus, an inſtitutus rebus certis contentus eſſe iuſſus ſit, *quia omnes hi reuera legatarij ſunt*, quod magis apparet ex collatione *d. l. 13. C. de hæred. inſtit. & §. ſed & ſi 3. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* neque alia de cauſa inſtitutioni hæredis mentio rei certæ detrahitur *l. 1. §. 4. l. 9. §. ſi duo 13. l. 10. de hæred. inſtit.* quam quod rei certæ mentio cum qualitate hæreditaria nullo modo conſiſtere poteſt, *de quo infr. diſp. 11.* Quæ omnia cũ in filio ex mente Iuſt. ſufficiant, vana illa ſunt, quæ de titulo inſtitutionis honorifico iactantur, & in nudis verbis ſubſiſtunt, cum ille, qui iuris vniuerſi ſucceſſor nõ eſt, hæres reuera eſſe non poſſit. Enim verò ex vera ratione iuris ita conſtitutum oportebat, vt filius in parte aliqua hæreditatis, vel minima, vel vtique in legitima, quæ pro triente vel ſemiſſe rectè accipietur, hæres inſtitueretur. Cõſequenter dici poteſt, etiam hodie legitimam re ipſa titulo particulari rectè relinqui, modo ne exhæredetur filius, ſed quamuis nudè hæres nũcupetur. Proinde etiam probanda erit Dd. poſt Bart. ſententia, relata & probata ad Iaſ. *in d. l. quoties C de hæred. inſtit. n. 4.* quod inſtitutus in re certa mixtam & mediam obtineat naturam inter hæredem verum & legatarium, ita vt & ei accreſcat, & rem illam autoritate propria occupare poſſit: vt ita effectus aliquis nudæ illius inſtitutionis Iuſtinianeę eſſe poſſit. Ex quibus etiã hoc efficitur, improbandam eſſe omnino diſtinctionem Tr. hac lit. A. in qua committitur fallacia diuerſæ quæſtionis: quia ut ſupra dictũ, hoc quæritur, an ad validitatem teſtamenti ſufficiat filio quomodocunque exhæredato legitimam particulari titulo reliquiſſe: quod omninò negandum eſt: atquin altera pars diſtinctionis Tr. quod cauſa inſerta & probata neceſſe non ſit legitimam titulo inſtitutionis relictam eſſe, eſt de indubitabili, & hoc caſu nec quidem nũmum relinquere neceſſe ſit.

LIT. B.

Debetur ſine vllo grauamine.] Expeditum hoc eſſe ait Tr. ſcil. *per l. 30 32. & 36 C. h. t.* Sed obſtare videtur, quod ipſe lit. C. & th. 16. legitimam eſſe ait quotam hæreditatis. Equidem Tr. in exegeſi de opere fideicommiſsi loquitur, attamen nimis generaliter in th. ſine omni grauamine eſſe dicit: & cum in hæreditate contineantur iura commoda & incommoda, & in hæredem vtpote repręſentantem perſonam defuncti omnes actiones hæreditariæ dentur, quota hæreditatis ſine onere dici non poteſt. Neq; obſtat, quod legitima deberi dicitur deducto ære alieno: quia hoc non ad actualem & realem deductionem pertinet, ſed ad ſubductionem rationum & computationem, quantum ſit in legitima, quomodo etiam Falcidia & Trebellianica deducto ære alieno deberi dicuntur, quas tamẽ vix quiſquam ſine onere eſſe dicit, licet & illæ fideicõmiſſo grauari non poſsint. Cæterum textus citati ex tit. Cod. hic ad caſum filij exhæredati pertinent, quomodo eos acceptos fuiſſe ab omnibus antiquis vſque ad *Bart.* teſtatur *Iaſ. in l. 4. C. de inſt. ſubſtit. n. 19.* Quoniam enim illo adhuc

iure

Digitized by Google

iure ita obtinebat, vt filius exhæredatus modo legitimam quocunque titulo haberet, querela agere non poſſet, ideo Iuſtin. legitimam illam, quam alias portionem natura debitam vocare ſolet, filio ita exhæredato: ſine vllo onere & dilatione voluit repræſentari. Ex quo intelligitur, errare etiam vulgo Dd. qui cauſalem conditionem inſtitutioni filij adiectam, per illos textus putant eſſe detrahendam, de quo agitur iuſt. *p. 2. diſp. 11. th. 3. lit. D.*

Non procedat doctrina Cipollæ] Ratio eſt, quod ita reuera differretur præſtatio legitimæ, quæ non nudam proprietatem, ſed plenam & ipſum ius vtendi deſiderat. Accedat quod Iuſtin. expreſsè conſtituit *Nou. 18. cap. 3* in his ipſis terminis, vt filius legitimam pleno iure habeat. Cæterùm hæc ratio inſtituendi filio alias bona habenti vtilis eſſe poſsit, ſi vſufructuarium paulò poſt mortem obire contingat. Lit. C.

Non bonorum ſed hæreditatis quota.] Effectus eſt magni momenti, quia qui habet tãtum quotam bonorum, inſtar legatarij, qui quotam hæreditatis, hæres eſt. Et verò aſſertio iſta Tr. cautione, explicatione & diſtinctione eget. Expedita videtur ratio, vt inter filium exhæredatum & inſtitutum diſtinguatur: quia fieri nequit, quominus ea pars, quam tanquam hæres inſtitutionis titulo habeo, ſi pars hæreditatis: ſicut ex aduerſo, quarta, quæ olim exhæredato titulo particulari præſtabatur, ſine dubio fuit quarta bonorum. Eoque ſcil. reſpexiſſe videntur Dd. dum communius legitimam partem hæreditatis ſtatuit; quod videlicet ex cõmuniſsima ſententia legitima hodie titulo inſtitutionis ſit relinquenda, (quamuis Salicetus ſimpliciter dicat eſſe quotam bonorum *in l. ſcimus 30. in fin. h. t.* ex inepta ratiõe, quid debeatur deducto ære alieno) Hæc quidem ratio iuris dictat: verum iuxta paulò ante diſputata ex *Nou. 115. c. 5* ſtatuendum omninò videtur, quod etiam in caſu filij inſtituti legitima ſit quota bonorum: ſi videlicet filius nomine tenus inſtitutus certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit: quoniam hic filius, ſiue illæ res legitimam conficiant ſiue non, reuera hæredis loco eſſe nequit. Planè ſi filius in ipſa legitima, vel in quota aliqua hæreditatis inſtituatur, tum demum verus hæres, & legitima quota hæreditatis erit.

Agetur ad ſupplementum] Hoc ita ex iure nouo, ſed iure veteri querelæ locus erat, etiamſi quis in minori parte fuiſſet inſtitutus.

Petitione hæreditatis.] Dependet hoc à præmiſſis ſcil. ſi filius in parte hæreditatis vel minima, velut vnica vel ſextante inſtitutus ſit, hac actione rectè ad ſupplementum aget, petendo ſe declarari hæredem pro triẽte. Verum ſi reuera nõ hæres, ſed nomine tenus inſtitutus, re ipſa legatarius ſit, hoc caſu rectiꝰ fortaſſis defẽdatur ſententia Dd. qui conditionem ex l. tribuunt, vel aliorum, quos ſequitur *Ant. Fab. dec. 14. err. 8.* qui actionem ex teſtamento inſtituendã eſſe putãt: quod procul dubio teſtatur legitimam ſuppleri maluerit, quam planè iudicia ſua reſcindi. Neq; adeo hic obſtabit, quod pro certo tradit *Iaſ. in l. 3. C. h. t. n. 7.* actionem ex teſtamento nõ dari inter ipſos cohæredes: quoniam hoc caſu filius reuera hæres non eſt, licet alias etiam dici poſſit, filiũ eo reſpectu, quo ſupplementum legitimæ petit, inſtar legatarij eſſe. Vix enim puto dici poſſe, filium iſto caſu quo ad hunc effectum pro hærede haberi poſſe, cum vt paulò ante dictum, hæres in re certa inſtitutus mixtæ naturæ ſit: etenim repugnat huius actiõis, qua hæreditas petitur, natura, neq; poſſit petere ſe declarari hæredẽ, qui nullis actionibus hæreditarijs vtatur aut inueniatur. Et hanc ſententiã quod actio ex teſtamẽto detur vel condictio ex L. magis probat *Sal. in l. ſi quis 34. in fin. & l. ſcimus 36. in fin. C. h. t.* vbi etiã refert quorundam diſtinctionem, an teſtator legitimam ſuppleri vetuerit, nec ne, vt illic condictione ex L. hic ex teſtamẽto agatur. Simplicius fortaſsis dicemus, officio iudicis vel arbitri familiæ erciſcundæ, quod legitimæ deeſt ſupplendum eſſe, vt quoad ſaltem filius inſtar hæredis habeatur, vt ab arbitrio, qui inter cohæredes accipi ſolet, legitima ipſi ſuppleatur. Lit. C.

Non quinquennio.] *v. Salic. in l. ſi quis 34. n. 8. C. h. t.* vbi refutat Br. & reddit rationem differentiæ quod querela exhæredato ad reſcindẽdum, actio ad ſupplementum hodie inſtituto, & vtique ad conſeruandum teſtamentum tendens, detur. Planè hoc Iure nouo rectè dicitur, poſtquam filius omninò inſtituendus eſt: cæterum ex ratione iuris anterioris nõ de nihilo videtur eorum ratio, qui actionem ad ſupplementum quinquennio finiri ideò putant, quodammodo ſuccedat in locum querelæ: quod probatur ex *l. 34. in fin. C. h. t.* ſecundum quam in hoc caſu filij exhæredati ipſa quoque actio ad ſupplementũ, ſicut querela, quinquennio circumſcripta videtur (quamuis quod de quinquennio dicitur *in fin. d. l.* poſsit non incommodè ad querelam referri, de cuius tranſmiſsione principaliter ibi quæritur.) Quo poſito, dubia redditur ſententia

Anton.

Digitized by Google

Anton. Fabr. paulò ante poſita, quod pro ſupplemento agatur actione ex teſtamento: quia cum hæc perpetua ſit, nihil impedire poterat, quo minus exhæredato, qui partem legitimæ V. C. legati titulo accepit, perpetuo competere deberet.

Niſi in caſu l. 6.] Vbi videlicet teſtamentum primo fuit impugnatum tanquam iniuſtum, quo caſu quinquennium non currit niſi à die negotij illius finiti.

THESIS XIII.

Agitur hic de augmento legitimæ ex *Nou.* 18. vbi ſententia quam Tr. ſequitur communiter à Dd. tenetur in Auth. nouiſſima *C h. t.* Neque tamen abſurda videtur ſentẽtia *Vaud.* 1. *q.* 50. quod augmentum illud tantum pertineat ad legitimam liberorum, quorum in tota conſtitutione tantum militat, quibus etiam hæreditas parentum magis naturaliter, quam his illorum debetur: cum etiam conſtitutio tota de auctione in ſemiſſem, parentibus non conueniat. Neque obſtabunt verba generalia *in d. Nou.* 18. *c.* 1 *in fin.* quæ de nepotibus vel pronepotibus poſthumis quibuſcunque in linea paterna & materna, imò in hac etiam naturalibus, & ita de diuerſis liberorum perſonis explicari poſſunt: & aliàs ex eadem generalitate contra Dd. concludi poſſet, etiam fratrum legitimam auctam eſſe: quamuis non difficulter ratio differentiæ reddi & explicari poſſit, quod Nou. loquatur de ijs perſonis quæ iure ſuo & propter hoc ipſum quod præteritæ ſunt, querelam habent, cum fratribus tantum ex accidenti & odio hæredis iuſtituti, videlicet turpis perſonæ querela concedatur.

THESIS XIV.

LIT. A.

Excludimus naturales tantum.] Contradicit *theſ.* 2. *lit. C.* vbi naturalibus tantum, contra teſtamentum etiam patris, vbi legitimi liberi & iuſta vxor non extant, querela conceditur. Verùm hoc ibidem refutatum eſt, & tamen ab inteſtato, vbi alij liberi & vxor non extant, naturalibus liberis duæ vnciæ debentur *Nou.* 89. *cap.* 12. §. 4.

LIT. B.

Per ſtatutum excluſam.] Contradicit & hic *th.* 11 *lit. D.* vbi legitima liberis debita ſtatuto tolli poſſe negatur. Et ergo loquitur Treutl. de ſtatuto irrationabili: aut de tali ſtatuto, quod aliàs loco legitimæ aliquid filiæ aſſignat: quam tamen explicationem vix admittit tum oppoſito filiæ renuntiationis, quam neceſſe eſt aliquid accipere *cap. quamuis de pactis in* 6. tum quod ita non rectè diceretur excluſa, cum illud quod loco legitimæ debetur, ipſius legitimæ loco fungatur. Eſt aliàs quæſtio hæc de ſtatuto excludente filiam, duplex 1. ſi indefinitè ſtatutum à ſucceſſione filiam excludat. 2 ſi diſertè eam excludat etiam à petitione legitimæ: qui caſus rurſus eſt duplex: quia loco legitimæ vel certa aliqua ſumma vel nihil adſignatur. In prima quæſtione non dubito ſtatutum ita explicandũ eſſe, ne nimium iuri ciuili, quin imò naturali deroget, vt intelligatur excluſa à ſucceſſione, quæ aliàs illi æqualiter cũ fratribus debetur: & quidem, ſi renuntiatio indefinite facta ita accipi & poteſt & debet, vt ſalua maneat legitimæ petitio, quidni etiam ita explicetur ſtatutum. Et hanc ſententiam latè & benè defendit *Salicet. in Authent nouiſſima Cod. h. t nu* 11. licet aliud videatur probare *Menoch.* 2. *arb.* 144. *num.* 13 In alterius quæſt. membro poſteriori, ſtatutum planè excludens filiam irrationabile erit: ſicut in ſimili nulla erit renuntiatio, ſi filia nihil planè conſequitur *argum. cap. cum quamuis de pact. in* 6. Valebit autem ſtatutum, ſi aliquod loco legitimæ filiæ detur: quia ex communiſſima ſententia legitima ſtatuto minui poteſt.

LIT. C. & D.

Non eam quæ renuntiauit.] Quæſtio hæc duplex eſt, ſi filia renuntians vel dotem, vel quid aliud acceperit: & ſi nihil acceperit. De priori caſu omninò loqui videtur *Couarr in cap quamuis p.* 3. § 3. *num.* 3 quia filiam enormiter læſam reſtitutionem petere poſſe ait, non autem poteſt conſiderari læſio, niſi ex properatione rei vel ſummæ acceptæ, ad veram legitimæ quantitatem. Et hanc Couarr ſententiam contra Treutl. magis probo, quod non obſcurè hæc eſt ſententia cap. quamuis, vt filia poſt renuntiationem nihil amplius petere poſſit, cum illud ipſum quod accepit loco legitimæ quaſi per motum tranſactionis datum eſſe videatur: *iuxta not. ſup. diſp.* 6 *theſ.* 8. *lit. G* quod ſi filia nihil acceperit, mortuo patre totam legitimam eam petere poſſe omnino defendam, exemplo ſtatuti, quod filiam à ſucceſsione excludit, de quo paulò ante.

Per l. 35. §. 2. *Cod. h. t.*] Conſtat renuntiationes hæreditatum non niſi ex iure Can & conſuetudinario defendi: vt proinde omninò malè Tr. huc adducat *l* 35. *C. h t* quæ manifeſtè renuntiationibus & pactionibus ijs demum robur tribuit, quæ mortuo patre cum hæredibus fiunt: quod ipſe notat *Bald. ibid. in* §. 1. & 2.

Digitized by Google

Etiam ſub Iuramento.] Equidem iure Can. non niſi iuratæ renuntiatioues ſuſtinentur: ſed fortè ex conſuetudine etiam non iuratæ.

THESIS XV.

LIT. A.

Quia legitima nunc triens.] Mala hæc ratio: quia etiam ſecundum ius vetus, quo legitima ſemper erat quarta huic quæſtioni, an liberi excluſi faciant partem; locus erat: quia ſi ex duobus filijs vnum exhæredatum partem facere dicamus, alterius legitima tantum erat dimidia quartæ quæ alias eſſet quarta totius. Quæri autem hoc poteſt de excluſis ſiue ſtatuto ſiue exhæredatione, an in computatione legitimæ connumerentur. Eam quæſtionem *Iaſ in Auth. nouiſſima C. h t n. 47.* vocat altam; profundam & difficilem, de qua conſultus Raphael Cuman. non habuerit quod reſponderet. Initio diſtinguendum videtur, an filia v. c. ſit planè excluſa ſtatuto, an exhæredatione. Illo caſu cum omninò nullum ius ſuccedendi aut querela agendi habeat filia partem facere non poteſt: ſed quoad hunc effectum pro mortua habebitur, ſiquidem ſtatutum hoc, intelligitur cæterorum liberorum portionem auctam voluiſſe. Equidem ex ratione iuris noui, vtile quandoque poſſit eſſe liberis, v. c. ſi ſint quatuor, vt filia quinta in numero, ſtatuto excluſa connumeretur: verum hoc quod vno vel altero caſu ex accidenti contingit, in conſiderationem venire non debet. Et hactenus in terminis iſtis ſtatuti rectè dicemus, liberos excluſos non connumerari in computanda legitima: verum in caſu exhæredationis factæ, de quo præcipuè & ferè tantùm agere Tr. colligitur ex lit. B res dubia eſt: quod cum exhæredatus filius aliàs ab inteſtato concurriſſet, non videtur factum illud patris prodeſſe debere alijs liberis, ad eorum legitimam augendam. Videtur autem phraſis illa, *liberos excluſos in computatione legitima connumerari*, ambiguam habere ſignificationē: vt vel connumeretur nomine tenus: ad eum effectum, vt cæterorum legitima ſit maior, velut ſi ex quinque liberis vnus ſit exhæredatus: vel contrario modo, vt re ipſa connumerentur, perinde ac ſi partem ſuam accepiſſent: ad eum effectum, vt cæterorum legitima minor ſit, & tanta, quanta non exhæredato fratre fuiſſet, quod ICti noſtri partem facere dicunt. Quoniā autem rem difficiliorem facit conſtitut. Iuſtin. *in Nou 18. c. 1.* ideò ad rationem iuris veteris, quo indiſtinctè in quotcūque liberis, legitima quarta eſt, hæc res tractanda erit. Vbi tres caſus diſtinguendi videntur. Primus ſi pater v. c. duos habens filios vtrumque exhæredauerit, & vtrique legitimam reliquerit: vel ad rationem Nou. 115. inſtitutis legitimam dederit. 2 Si vtrumque exhæredauerit, & neutri legitimam dederit. 3. Si alterutri tantum dederit: vbi perinde erit, an ille qui legitimam accepit, exhæredatus ſit an inſtitutus: quia & quoad querelam & actionem ad ſupplementum ex iure nouo hæc quæſtio eſt accommodanda. Primo caſu nec querelæ nec actioni ad ſupplementum locus erit, & fruſtra de facienda parte diſputatur. Altero caſu vno querelam mouente alter interim partem facit, ita vt tantum dimidia pars hæreditatis petenda ſit *ex l 8. § 8. h. t.* vt tamen alterius, ſi poſtea repudiet, pars ei qui egit accreſcat: & de hoc caſu loquitur *ICtus in l 17. h. t.* eum qui repudiauit partem non facere his, qui querelam mouere volunt, quoniam ſcil. legitimam nō acceperunt. Et tamen ſi ab alterutro in ſolidum inſtituta fuerit, alteri quoque, ſi non repudiauerit, victoria proderit *arg. l 6. § 1. h. t.* Tertio caſu qui portionem ſuam habet, etiamſi alter, qui nihil accepit, repudiat, agere querela aut ampliꝰ petere non poterit: quoniam, vt paulò ante dictum, factum illud patris, alteri prodeſſe non debet, & hic exhæredatus dicitur facere partē. Eoque ſi pater duorum filiorum in bonis habuerit 400 qui accepit 50. & ita quartæ dimidiam, agere non poteſt, qui ſi ſolus fuiſſet, vtique agere potuiſſet. Geminum huic exemplum eſt, ꝙ proponitur *in d. l. 8. § 8. in fin h. t* in parte, qui ex duobus filijs v c præmortuis, nepotes, ex altero vnum, ex altero tres habet. vnicum, inquit, ICtus ſeſquiuncia, ex his, vnum dimidia vnica querela excludit: quoniam ſingulorum filiorū legitima erat ſeſquiuncia, quæ nepotibus eadem ratione & quantitate debentur. Ex his decidi poteſt quæſtio propoſita *à Salicet. in Authen. nouiſſ Cod h tit n. 6.* ſi pater ex duobus filijs vnum iure exhæredauerit, alteri legitimam dederit, an legitima ſit triens totus, an tantum duæ vnicæ Prius defendit Dinus, quem ibid. ſequitur Salicet. Poſterius Bartol. cuius ſententiam ex præcedd apparet eſſe veriorem: & conſequenter nec verum eſſe quod ait Tr. lit. B. ſi tres ſint filij, & vnus hæredatus, duos reliquos integrum trientem habere: quoniam ſemper hic obſtat regula illa & exemplum ICti *dict. l 8. § 8.* quo oſtēditur, quod exhæredatus hic faciat partem, & conſequenter, quod alicubi dicitur, exhæredatum haberi pro mortuo, extra terminos ſuos trahendum

Digitized by Google

hendum non eſſe Nec quicquam adeò obſtat *l. 10 § 4 & 5. de bon. poſſeſſ. contra tabb* vel quia in caſu noſtro qui portionem accepit conquerendi nullum ius habet: vel potius quia ſpecialis ratio eſt bonorum poſſeſsionis contra tabb. cuius cũ nullo modo participes ſint exhæredati *l. 8. in pr. de bonor. poſſeſſ. contra tabb* etiam partem ibi facere non poſſunt Et ratio Tr. quod etiam vnius legitima ſit triens. non concludit, quia filius pro concurrente habetur: & iure veteri quoq; vnius filij legitima erat quarta, & tamen filius exhæredatus faciebat partem vt alteri tantum ſeſcũcia deberetur *d. l. 8. §. 8 in fin. h. t.* Illud non ſatis intelligo, quare Treutl. d. lit. B. duos illos in te particulari inſtitutos proponat: cum tamen eadem quæſtio ſit, ſi filius inſtitutus ſit in legitima, imò ex ſententia Treut. ſi etiam non adiecta cauſa exhæredatus, quippe qui *theſ. 1. in fin.* etiã hoc caſu teſtamentum per querelam impugnandum exiſtimat. Illa quæſtio ſupereſt, ſi ex quinque liberis vnus ſit exhæredatus, an quatuor illorum legitima ſit triens an ſemis. Et triẽtem tantum eſſe reſpondet *Salicet. in Authent. nouiſſima. Cod h. t. numer 2.* vt ita exhæredatus, nec minuere nec augere legitimam, ſed vtrobique pro mortuo haberi debeat. Verum hæc ſententia ex ratione vera iuris, probanda non videtur: quoniam hic quoque regula illa vendum confirmus, quod exhæredatus faciat partem: facere autem non poterit, niſi pro rata, eoque nec efficere, vt fratribus quatuor duæ vnciæ decedant, ſed tantum quinta pars ſemiſsis. Ita ſi ex ſex liberis vnus exhæredatus ſit, reliquorum legitima quinque vnciæ futuræ ſunt.

THESIS XVI.

LIT. A.

Hæreditatis non bonorum.] Reperimus huc notata ad theſ 12. lit. C.

An igitur filius.] Quæſtio hic proponitur, an filius poſsit repudiare hæreditatem retenta legitima Enim verò præſuppoſito, quod legitima hæreditatis quota ſit, hoc ipſum, quod repudiare non poſsit, inferendum erat: cum præſertim Tr ſimpliciter quærat de filio inſtituto: cum de legitima non niſi in caſu filij exhæredati, vel ex iure nouo in rebus certis aut ipſa legitima inſtituti, diſputari debeat: quo quidem caſu, cum iuxta ſuperius diſputata legitima magis bonorum quota ſit, proculdubio filius rectè cã accipiet, tanquam partem ab hæreditate planè ſeparatam & diuerſam. Sed ex aduerſo in caſu à Tr. propoſito, cum filius inſtitutus hæres eſt, adeoque non niſi titulo hæreditario legitima haberi poteſt, ſimpliciter defendemus, legitimum ab hæreditate ſeparari non poſſe, etiam ſi filius cohæredem vel ſubſtitutum habeat. Neq; mouere poteſt, quòd pars filij legatis grauata eſt: cum iure ordinario beneficio Falcidiæ legitimã ſuam ſaluam habere poſsit: cùm etiam poſt introductum hodiè inuentatij beneficium extra omne periculum ſit conſtitutus Et alia ratio eſt debiti, quod ex contractu & conuentione deſcendit, alia verò legitimæ, quæ non niſi impropriè tanquam æs alienum dicitur deberi: aliàs vt maximè filius nec cohœredem nec ſubſtitutum haberet, legitimam tamen repudiata hæreditate, ſicut quiuis alius creditor, retinere aut perſequi poſſet.

LIT. B.

Niſi detracto ære alieno.] Ambiguus quoque horum verborum ſenſus eſt: quia ſignificant vel detrahi realiter, ita vt nullum onus hæreditariũ quacunque ratione ſuperſit: vel ita detrahi, vt ſubductis rationibus, & computatione inita bonorum & æris alieni, quantitas legitimæ, & inde, quantum legatarijs & fideicommiſſarijs debeatur, cognoſci poſsit. Prior acceptio in caſu filij exhæredati, vel in re ſingulari inſtituti: poſterior in caſu filij legitima vel ſimpliciter inſtituti, vera eſt: eoque talis filius omninò pro parte onera hæreditaria agnoſcet, actiones que hæreditarias excipiet & exercebit: quod exemplo Falcidiæ & Trebellian. apparet, quarũ itidem computationem deducto prius ære alieno iniri, certi iuris eſt: in eoque videtur offendere Tr. qui th. 12. ſine omni onere eam deberi affirmans, identidem tamen eam hæreditatis quotam eſſe inculcat: cum tamen non poſsit habere quotam hæreditatis, qui non partis illius commoda ſentiat & incommoda: quod ipſe Tr. fatetur *diſp. ſeq. th. 11 lit. A.*

LIT. C. & D.

Huc referatur.] Quæſtio hinc aliena eſt, ideoque tractanda eo loco, quo ipſe Tr. ſe remuttit

Non legata ad pias cauſas.] Hæc quæſtio non tantum ad legitimam, ſed etiam & frequentius ad Falcid. pertinet: & vt ei ſit locus, ante omnia conſtare oportet, an ex hoc genere legatorum detrahatur Falcid. nec ne, de quo agitur *infra part. 1. diſput. 14. th. 5* vbi affirmans Tr Falcidiam ex his legatis non detrahi, huic loco contradicere videtur, quoniam ſi eorum alia quam libertatum ratio eſt, & ea legitimã non minuunt, vtique falcidiam patientur. Eſt autem prior illa ſenten-

ſententia, quæ defenditur *dict. diſp.* 14. communis, probata à *Gloſſ. Cyn. Bart. Bald. Salicet. in Auth. ſimiliter C. ad L. Falcid.* licet in huius rei explicatione non omninò conueniat inter Dd. Sūt enim, qui libertatem horum legatorum nocere putant ſoli hæredi, ita vt nihil alijs legatarijs, ſed quadranti tantum decedat *argum. l.* 8. §. 9. *verſ. cum igitur. h. tit.* vt adeò effectu ipſo legata iſta, in quartam Falcid. hæredibus imputentur: quæ videtur eſſe ſententia *Gloſſ. Cyn. & Salicet. in d. Auth ſimiliter.* Alij per huiuſmodi legata totam hæreditatem minui exiſtimant, ita vt & hæredib. & legatarijs re ipſa imputentur, & antequam de ratione Falcidiæ quæratur, inſtar æris alieni deducantur: quæ ſententia eſt *Bart. in ſæpè d. auth ſimiliter* & probatur, ex textu *in* §. *cum autem l. ad L. Falcid.* vbi dicitur, quod vna cum ære alieno deducantur, impenſa funeris, & pretia ſeruorum manumiſſorum: cum autem legatum libertatis, ſit pro legato ad piam cauſam, de eoque reſponſum ſit, quod non patiatur Falcidiam, ſed legitimam etiam minuat *d. l.* 8. §. 9. *h. tit.* inde nimirum intelligimus, quomodo hoc, quod per eiuſmodi legata priuilegiata Falcidia minuatur, accipere debeamus, videlicet, vt ante omnia inſtar æris alieni ex tota maſſa deducantur.

LIT. E.

Non ſumptus ſtudiorum.] Duplex hic quæſtio eſſe poteſt: an ſumptus hi conferantur, an filio in legitimam imputentur, ſicut alia, quæ forte à viuo patre accepit filius: quod magis eſt, vt negandum videatur: de quo pluribus agitur eo loco, ad quem Tr. ſe remittit, *diſp.* 19. *th.* 13.

LIT. F.

Non publicatio bonorum patris.] Ambiguæ huius propoſitionis quod publicatio bonorum patris non minuat legitimam, hæc ſententia eſt, quod ex publicatis bonis filio legitima debeatur, vel quod ea ſumma, quæ legitimam efficit, in publicationem bonorum non veniat: de qua tamen propoſitione ex ſtricta iuris ratione dubitari poteſt: quod ſcilicet pater, ſicut bona ſua conſumendo, ita & delinquendo, quoad hunc effectum, liberis, vt nihil ex eius bonis conſequantur, præiudicare poſſe videatur. Et cum authoritate legum per delictum bona quaſi in commiſſum cadant, ita vt damnatione ſequuta rerum adminiſtratione bonorum, poteſtate alienandi & ipſo dominio priuatus videatur, *arg. l.* 15. *de donat.* quod liberos habet, ius illud mutare non poteſt. Illud autem verum eſt, quòd humanitatis intuitu ex damnatorum bonis, ipſo iure fiſco quæſitis, liberis portiones ſunt aſſignandæ, iuxta *l.* 7. *de bon. damn.* Iure planè nouo, ſublata bonorum confiſcatione, hæc quæſtio nulla eſt, niſi iuxta mores quorundam regionum, vel ſpecialibus quibuſdam caſibus Tr. accipiatur.

THESIS XVII.

LIT. A.

Affirmatiua defendi poteſt.] Vt pater pro delicto filio legitimam præſtare teneatur, vix videtur aut iure aut bona ratione defendi poſſe: quippe quod filius viuo patre in eius bonis nullum planè ius habet: neque vlla niſi mortuo parte legitima intelligatur: vt proinde ferendum non ſit, patrem ex delicto filij obligari, & citra vllam ſuam culpam ſuſtinere pœnam. Et licet pœna corporalis & pecuniaria inter ſe differant, attamen in genere conueniunt, quod vtraque pœna eſt, generale autem & iuris rationis ipſius præceptum eſt, ne alienæ culpæ quis fiat ſuccedaneus, de quo pluribus agitur infra diſput. 24. th. vlt. vbi Tr. defendit ſtatutum, quo parentes ex delictis liberorum ad pœnam pecuniariam tenentur. Illud rectius dicetur, quod pater pro delicto exſoluit filij huic in legitimam imputandum eſſe.

Si ex filio nepotem.] Non difficulter admittam hanc limitationem, cum regula non ſatis conueniat rationi: cæteroquin facilè cōtrarium defenderem, quod nepoti illi obſtante patre, nullum ius eſſe poteſt, & ipſe pater proculdubio ex cauſa delicti bona ſua minuere & liberis nocere poſſit.

Aut ex contumacia filius condemnatus.] Minus proba videtur hæc limitatio: ꝙ facilius videatur, patrem hoc caſu teneri, cum cōtumacia verum delictum non ſit, & præcipuè cauſas ciuiles concernat: veluti iure ciuili, vbi filius ex delicto ciuiliter intentato condemnatus eſt, pater de peculio rectè conuenitur *l.* 3. §. 11. *de pec.* Cæterum caſus ex iure Saxon. minus rectè hic pro exēplo affertur, ſiquidē vt hic ait, eo iure ex delicto filij pater noxali actione cōueniri poteſt: nam & ita iure communi in ſeruis obtinet, vt quia eorū nomine noxali actione tenetur dominus, eos aut noxæ dedere, aut æſtimationem damni præſtare obligetur.

LIT. C.

Vbi eam ſponte aſſignauit.] Equidem legitima non niſi mortuo patre debetur, eiuſque quantitas ad rationem bonorum quæ tempore mortis ſunt, initur: itaque quod pater ita filio aſſignauit, non tam reuera legitimæ, quam potius dona-

donationis ſapiet naturam, & mortuo patre in legitimam imputabitur.

Lit. D.

Aſſignari debet iudicis arbitrio] Ambiguè & obſcurè hoc dici videtur. Equidem quantitas ipſa legitimæ ſatis iure definita eſt: & vbi liberi vel ab inteſtato vel etiam aliàs ex teſtamento hæredes exiſtunt, de legitima non quæritur, ſed tum demum, vbi fortaſſis iuxta *Nou.115. c. 5.* filius in rebus certis, ita vt integram legitimam non habeat, inſtitutus eſt: vt proinde non rectè affirmetur in genere, vbi legitima à patre aſſignata nō eſt, à iudice eam aſſignandam eſſe. Quin & legitima ſine judice à libris accipi poteſt: & illius officio tum demum opus eſt, vbi de corporibus & ſpeciebus inter hæredes controuerſia eſt, cui controuerſiæ etiam circa quartam Falcidiam vel Trebellian. locus eſſe poteſt. Planè caſus ſingularis, quem etiam Menoch citat. loc. tractat, nullam cum præcedentibus habens affinitatem, ita nudè proponendus nō videbatur.

Coronidis loco] Hæc quæſtio tractata ſupra ad th.11. lit. D. & otiosè hic repetitur.

Disputatio XIV.

DE PETITIONE HÆRED.

Reſpondente

Iodoco Schelting: Friſ. Occid.

THESIS I.

Lit. C.

QVO *reſpectu indiuidua.*] Vtique omne ius incorporale indiuiduum eſt: & tamen in eo non aſſentior Treutl. quod quæcunque in contrarium dici videtur, de ſubiecto hæreditatis, & rebus hæreditarijs accipienda exiſtimat: ſiquidem *in l 9. § hæredes.12. de hæred. inſt*, ius diſertè diuidi dicitur, nō quidem quaſi hæreditas iam conſtituta in alicuius perſonā diuidatur, ſed quòd teſtatur inſtituendo plures hæredes efficiat, vt in ſingulorum perſona diuiſum & diuerſum ius exiſtat: quod tamen non ſit poteſtate teſtatoris, ſed legis xii. tabb. quæ non res hæreditarias, indiuiſas manentes, ſed omninò ipſum ius diuidit, vt tamen ſubſequatur voluntatem defuncti, diuidendo ius proportionibus, quas teſtator aſſignauit: quo ſcil. reſpectu *in d. l. 9. §. 12.* ius à teſtatore diuidendum eſſe dicitur, quoniam non adſcriptis partibus omnes æqualiter futuri eſſent hæredes.

Communionem recipit, diuiſionem non item.] Nimirum occurrere vult obiectioni, qua a cōmunione deducitur ad diuiſionem: quæ etiam illatio, ſi de diuiſione non craſſa & reali, ſed magis intellectuali quæratur, vera eſſe videtur, ſiquidem ipſa communicatione, rem quodammodo in partes diuidi neceſſum eſt: & multò magis, quod in communicatur, diuiduum eſſe dicendum erit, & diſtincta vocis ambiguitate idem & diuiſum ſubtilius, & ratione corporum diuiduum dici poteſt. Ceterum quoad propoſitam quæſtionem, quod de communione hæreditatis paſſim legitur, non tam ad ipſum ius, quam potius, contra quam exiſtimat Tr. ad res hæreditarias pertinere videtur, quomodo etiam non iuris, ſed rerum diuidendarum gratia judicium fam. erciſc. inſtituitur.

Lit. D.

Succeſſio in vniuerſum ius.] Genus hoc improprium eſt, quod ſcil. ipſa hæreditas ſucceſſio non eſt, ſed potius hæreditatis acquiſitio: velut paſſim hæres ſucceſſor vniuerſi iuris dicitur. Neque placet his eorum ſententia, qui hic confingunt aliquod ius à morte defuncti exiſtens, de quo *infra p.2. diſp 12. lit A*. quod ipſum tamē ſucceſſio dici non poſſet: neque in nouum aliquod ius à morte demum conſtitutum, ſed in ius defuncti ſuccedit hæres: & quomodo bonorum poſſeſsio dicitur ius perſequendi, *l. 3 §. 1. de bon. poſſ.* ita & hæreditas ſucceſsio appellari videtur.

Perſonam defuncti repræſentans.] Traditur hoc *in leg. 31. in fin. de hæred. inſtitut. & in § ſeruus. 2. Inſtitut. eod* vbi adijcitur, quod repræſentet defuncti perſonam non hæredis futuri. Cui obſtat *l. nouatio. 24. in fin. de nouation.* his verbis, morte promiſſoris non extinguitur ſtipulatio, ſed trāſit ad hæredem, cuius interim perſonam hæreditas ſuſtinet. Neque enim ferri poteſt, quod *Gloſſ & Bart. in d l. 24* verbum, *cuius*, referunt ad promiſſorem defūctum. Rectius dicitur, ſi conſideretur euentus aditæ hæreditatis, quoniam hoc facto fictione iuris hæreditas cum tempore mortis continuatur *l. omnis 138 de reg iuris* & perinde omnia habentur, ac ſi ſub tēpus mortis cōtinuo hæredes extitiſſent *l ōnia 193. de reg. iur.* & hæres qui adijt ex mortis tēpore defūcto ſucceſsiſſe intelligatur *l 28. §. 4. de ſti. ſe, l. hæ. 34 de acquir*

quir. hered. eo reſpectu hæreditatem videri repræſentare perſonam hæredis: ex quo reſpõſum eſt *in d. §. 4. l. 28.* quod ſeruus hæreditarius etiam hæredi futuro vtiliter ſtipuletur: Quod ſi remota iuris fictione ipſum inſtans, & rei veritatem, & incertum euentum hæredis forte præmorientis aut repudiantis attendas, neceſſario ſtatuendum eſt, quod hæreditas interim repræſentet perſonam defuncti: quam rationem fortè appellat *Accurſ. in d. §. 2. I. de hæred. inſtit.* Nec male *Iohan. Fab. ibid.* inſpici perſonam defuncti, vt actus valeat, ſed hæredis, quoad acquiſitionem

Vbi aditur patrimonium hæredis, &c.] Siquidem tum confunditur cum bonis eius, qui hæreditatem adivit: licet titulus maneat, nec omnimodo etiam reſpectus hæreditatis aboleatur: veluti ſi de Falc. detrahenda agatur: idque hodie magis obtinebit, ſi hæreditas cum beneficio inventarii adita proponatur.

THESIS II.

LIT. A.

Nimirum ſtricta plane hic & ſpecialis verbi, *actionis* ſignificatio eſt, vt actionem in perſonam tantum deſignet, *ex l. 178. de V. S.* quoniam *in l. 25. de oblig. & act.* petitio non actioni, ſed conditioni opponitur: & cum omne genus de ſua ſpecie prædicetur, non dubium eſt, quin etiam petitiones varie & proprie actiones habendæ ſint *arg. d. l. 25. & §. 1. Inſtit. de action.*

LIT. B.

Omnino eſſe actionem realem.] Equidem vt jam dictum petitiones, actiones in rem ſunt *l. 28. de oblig. & act.* & ipſa actionis formula actionem in rem eſſe arguit, dum petimus nos declarari hæredes & res reſtitui; & omnino hæreditatem noſtram eſſe intendimus *l. 3. h. t.* & vindicationes omnes in rem ſunt *§. appellamus. Inſt. de act.* inter illas autem hæc actio refertur *l. 1. in pr. de rei vind.* idque ipſa titulorum ſeries in Pandectis & Cod. arguit: quo pertinet, quod hæc actio non tam ex obligatione, quã ex dominio deſcendit, & contra quẽcunque poſſeſſorẽ datur, quæ propria actionum in rem nota eſt, *l. 25. de oblig. act. facit l. 9. C. h. t. l. 25. §. 18. eod. l. 27. §. 3. de rei vind.* Attamen dicitur hæc actio perſonalis mixta *l. 7. C. h. t.* & vtcunque in rem principaliter, ſit, præſtationes tamen habet perſonales *d. l. 25. §. 18.* & ratione eius, quod falſus hæres gerit, exigendo vel ſolvendo debita, aut faciendo impẽſas, quaſi cũ eo, qui poſtea hæredẽ ſe probavit, cõtrahere videtur, perinde ac ſi negotia adminiſtraſſet: vt nihil obſtet, quo minus hoc reſpectu actio iſta mixta perſonalis debeat appellari iuxta *d. l. 6. C. h. t.* Neque enim fieri poteſt *Bell. in 2. ſupput. 3.* explicatio; quod *in d. l. 7.* dicitur, ad duplicia iudicia referẽtis hoc ſenſu, rationem actionis familiæ erciſcundæ, quæ triginta annis durat exigere, vt idẽ in petitione hæreditatis obſervetur. Male etiam *Cyn. & Bart. in d. l. 7.* ideo 30. annis durare docent, quod detur contra titulo nõ poſſidẽtem: cũ Imp. expreſsè, ex eo, quod actio ſit perſonalis mixta, durationis illius cauſam deſumat. Et verè ſi aliæ quoq; actiones hoc ſenſu mixtæ dicuntur, vt oſtenditur *infra diſput. 19. th. 1.* etiam hæc ita appellari poterit. Facit, quod nõ ſimpliciter poſſeſſorẽ, ſed quatenus ſe pro hærede gerit, hæc actio perſequitur: tum etiã, quod actio hæc reſpectu præſtationum illarum perſonaliũ bonæ fidei, quæ qualitas actionum in perſonam propria eſt, etiam olim habita fuit.

THESIS III.

LIT. A.

Alia prætoria.] Generalius loquendo, & conſiderato effectu: cæterum conſtat, quod prætor hæredem facere non poſſit, *in prin. Inſt. de bonor. poſſ.*

LIT. C.

Sed qua & fideicommiſſariam.] Hoc idem magis probat *Accurſ. in l. 2. de fideicommiſſ. hered. pet. & Bart. l. vltim. eod.* Sed dubium facit, quod SCta iuris civilis partes ſunt, & ex iis venientes actiones referuntur inter civiles, & opponuntur prætoriis *in princ. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Et cum actiones dicuntur contra iuris civilis regulam tranſire, ius civile in ſpecie & per excellentiam pro iure antiquo XII. tabb. accipitur, quo ſenſu etiam conſtit. Impp. ſæpe iuri civili opponuntur: & alias ſucceſſiones ex SCtis Orphit. & Tertull. in prætorias eſſent referendæ, contra *l. 3. in fin. h. t. & l. 7. in princ. de cap. minut.* vbi ſub novis legibus etiam SCta comprehenduntur. Et igitur ſiquidem SCta iuris civilis ſunt, etiam qui ex his ſuccedit, non prætoria, ſed civili petitione hæreditatis vtetur; quam conſequentiam male negat *Accurſ. in d. l. 2. de fideicommiſſ. hered. pet.* & eiuſdem inſtantia vitioſa, quod licet contractus iuris gentium ſint, actiones tamen ſint iuris civilis: quia & hoc falſum eſt, & diuerſa iuriſgent. eſt ratio, quod in ſingulis rebus nobl. indiget ſubſidio & aſſiſtentia iuris civilis. Hinc nec Bartoli diſtinctionem probandam exiſtimo, an fideicommiſſarius ex perſona hæredis an nomine ſuo agat: quia hoc etiam caſu civilem actionem eſſe rectius ſtatuitur: nõ obſtan-

Digitized by Google

te *l.2.d.tit* in qua, vt iam dictum, intelligitur ius civile antiquum.

Recte Accurſius ita explicat.] Vera illa explicatio eſt ex *l.36 in princ. ad Trebell.* vnde etiã Publiciana competit *l.12.§.1. de Public. act.* neque tamẽ neceſſe eſt ponere, quod nihil actu acceperit fideicommiſſarius, quin hic etiã realẽ poſſeſſionem nactus contra eum, qui controverſiam hæreditatis movet, recte hac actione experietur.

THESIS IV.

LIT. A.

Quæ quomodo differat.] Non obſcuræ differentiæ ſunt harum actionum, quod altera vniverſalis, altera ſingularis eſt, quod altera contra nõ titulo, altera contra titulo poſſidentem datur. Illud non ſatis capio, quamnam in ſequentibus intelligat differentiam à quibuſdam traditam, quod is qui hanc actionem intendit, poſſeſſionem nondum adeptus ſit, quoniam hoc ad rei vindicationem ſingularem pertinere videtur, in qua certum eſt agere eum, qui non poſſidet, petitione autem hæreditatis, etiam qui res hæreditarias poſſidet, recte experitur: quia hic non tam principaliter de re poſſeſſa, quam potius de iure poſſeſſoris, an hæres ſit nec ne, diſceptatur, eoque principaliter actor, declarari ſe hæredem petit: quo modo explicatio hæc differentiæ non vſque adeo abſurda erit. Niſi forte Treutler. eo reſpexit, quod petitione hæreditatis agere poteſt, qui nunquam poſſeſſionem adeptus eſt: quod in rei vindicatione regulariter ſecus, cum dominium citra poſſeſſionem non acquiratur. Et, vt citato loco VVeſenb. ſcribit, hæres vbi ſemel poſſeſſionẽ adeptus eſt, ea admiſſa ſpeciali in rem actione vti debet: quod ipſum tamen ſimpliciter verum non eſt: quid enim ſi poſſeſſionem eius rei adeptus ſeſe pro hærede gerat?

LIT. C

Quid pro hærede vel pro poſſeſſore.] Subiicit in allegatis, ſive ſit hæres iure civili, ſive bonorum poſſeſſor iure prætorio. Quæ, ſi pro explicatione eius, quod in theſi proponitur, accipiantur, male ſe habent: quia ibi cõfunditur titulus pro poſſeſſore, qui prædonis eſt *l.11.§.1. cum l.ſeqq. h.t.* cũ titulo pro poſſeſſore prætorio eius, qui bonorum poſſeſſionem ex edicto agnovit, qui pridem in hac materia, cum prædonem ei qui pro hærede poſſidet, opponimus, pro hærede poſſidere dicitur *l.11. in fin. pr. h.t.*

Ergo qui bona fide.] Ait eum qui bona fide ex iuſto titulo rem poſſidet nequaquam teneri petitione hæreditatis. Vbi ſi à contrario ſenſu colligere licet, exiſtimare videtur, quod contra quemcunque malæ fidei poſſeſſorem hæc actio detur. Et tamen etiam qui mala fide poſſidet ſingulari titulo, petitione hæreditatis nõ tenetur, vt recte notat *gloſſ. in l.1.C.h.t.* cui non obſtat *l.3.§.1.h.t.* quia aliud eſt, deficere bonam fidem, aliud, titulum omnino eſſe invalidum & nullum; quo caſu favore actoris, ne dominium probare cogatur, petitio hæreditatis cõceditur, quod etiam tradit *Salic. in d.l.1. num. 8 in pr. C. h.t.* Deinde confundere videtur Tr. titulum iuſtum cum titulo ſingulari. Etenim licet quoad effectum uſucapiendi nonniſi titulus ſingularis iuſtus ſit, quoniam nullus eſt titulus, quo vſucapiamus hæreditatem; attamen in hac materia, vbi de iure poſſeſſoris quæritur, qui verbi cauſa ſe ab inteſtato proximum agnatum, vel teſtamento heredem ſcriptum exiſtimandi iuſtam cauſam habens: res hereditarias tenet, iuſtum titulum habere recte dicitur quod bene advertit *Salic. in l. hereditatis 6. in pr. C.h.t.* vbi ait dicẽdum, quod petitio hæreditatis detur etiam cõtra poſſidentem titulo vniverſali, licet Dd omnes contrarium ſtatuant: quorum tamẽ opinionem cum illa conciliare facile eſt, quod Dd. titulum ad uſucapiendum habilem intellexerunt qualem qui habet, petitione hereditatis regulariter non convenitur.

Quid de eo dicemus.] Proponitur hic quæſtio non expedita ſatis, an petitio hæreditatis detur contra eum, qui ab herede titulum conſecutus eſt. Videlicet, quod omnino addẽdum translata vniverſitate, vel eius parte, de quo caſu eſt *l. 13.§.4 h.t.* ſiquidem, qui rem ſingularem à falſo etiam herede verbi cauſa emit, neque controverſiam hæreditatis movet: nullo modo hac actione tenetur. Et Tr. tribus caſibus affirmat quæſtionem, ex quibus tertius, de eo qui lite pendente emit, non ſatis bene accommodatur propoſitæ quæſtioni de eo qui convenite poterat: quoniam ubi lis pendet, iam poſſeſſor cõventus eſt. Sed & amplius cum quæſtio generalis ſit de titulo, reſponſio tantum eſt ſpecialis, de emptore: cum tamen idem quæri poſſit, vbi titulo permutationis vel donationis in alium tranſlata eſt hæreditas.

Si hæreditatis venditor non extet.] Ratio redditur *l.13.§.4.h.t.* ne ſingulis iudiciis poſſeſſor vexetur. Ex quo colligere licet, proprie loquẽdo, & propriam petitionem hæreditatis non eſſe, quod emptor nullam moveat controverſiam hæreditatis, ſed tantum ita dici, quod in condemna-

condemna-

Digitized by Google

demnationem univerſitas rerum venit, vt tamen quoad alia, v. c. fructus naturam vindicationis ſingularis ſequatur: & ita duplex quodãmodo ſtatui poterit petitio hæreditatis, altera propria ratione tituli, altera impropria ratione obiecti. Et inde præter interpretum mentẽ explicãdam exiſtimo *l.2.C.de pet.hæred.* in qua proponuntur duo caſus emptæ hæreditatis ſive partis, malæ & bona fide. Illi omnes omnino fructus hoc tantum à tempore litis cõteſtatæ reſtituendi dicuntur. Obiici poterat, fruſtra ſeparatim de fructibus reſponderi, cum hi augeãt hæreditatem, eoque tanquam eius pars cum ipſa hereditate & peti & reſtitui intelligãtur. Hęc obiectio removetur *in verſ.fructibus enim, &c.* quod hoc obtineat in petitione hereditatis vera, quæ datur contra eum qui poſſidet titulo vniuerſali, locus autem in impropria, quæ ita dicitur ratione obiecti, & in qua adeo, vt eleganter *in fin. d.l.* ſubiicitur, poſſeſſor titulo munitus, ſingularum rerum iure convenitur: id eſt, vt ead. ratio ſit reſtituendorum vel lucrandorum fructuum, quæ in vindicatione ſpeciali. Ex quibus convellitur explicatio Cyni & aliorum, qui in primo caſu *d.l.2.* petitione hæreditatis, in altero rei vindicatione ſingulari agi exiſtimant, quod videtur ſequi *Donell.19.commen.* 11. & corruit diſputatio *Salicet.in d.l.*2. quomodo petitio hæreditatis poſſit dari contra titulo poſſidentem: ubi quidem reſpondet ille, in habentibus ſymbolum faciliorem eſſe tranſitum, & emptorem quaſi eſſe in iis, & quodammodo ſe gerere pro Hærede. Hinc etiã efficitur, quod contra emptorem rei ſingularis nulla plane modo & nulla petitio hæreditatis detur, cum præſertim ceſſet ratio *d.l.13.§.4.h t.* contra quam videntur communius exiſtimare Dd. quos refert & ſequitur Iaſon *in §.actionem, inſt. de action. nu.* 110. quoniã ratio, ne melioris conditionis ſit emptor quam autor eius, non concludit: vel quia melior conditio non eſt, cum vterque ad reſtitutionem, licet diverſo actionis genere teneatur: vel quia diuerſitatem includit diverſa qualitas & rei & poſſeſſionis.

Aut lite pendente emerit.] Dubium hoc videtur, quod ex vulgata regula iuris dolus ſit pro poſſeſſione, & iudicium ceptum, contra eum qui dolo poſſidere deſijt, continuetur *l.69.cum ſeqq. de rei vindic.* (etiam in eum qui dolo poſſidere deſiit, de novo detur *l.27.§.3.de rei vind.*) vt proinde nulla videatur neceſſitas actionis vel dandæ vel transferendæ in novum poſſeſſorem, niſi forte caſum ſingularem paupertatis in venditore proponas, ut actio in novum poſſeſſorem ſit concedenda. Neque facit pro Tr. *l.1.C h t.* quoniam aliud eſt, controverſiam motam, aliud litem pendentem eſſe. Neque propter dolũ emptoris videtur variari debere genus actionis: quod licet Cyn. & alij Dd. ita ſtatuant *in d.l.* 2. ex eo tamen loco non probatur: cum ibi non circa genus actionis, ſed circa reſtituendos & præſtandos fructus inter malæ & bonæ fidei emptorem differentia ſtatuatur: itaque in ſpecie *d.l.2.* etiam contra bon. fid. emptorem petitionem hered. dari ſtatuimus.

LIT. D.

Licet olim ſtricti iuris.] Subijcit in exegeſi, cum in cẽtum virali iudicio agitaretur. Quod intelligendum eſt narrative ita dici: quoniam locus iudicij vel perſona iudicis, ut actio bonæ fidei vel ſtricti iuris ſit, non efficit. Illud tamen non recte Tr. quod tempora illa priora, quibus in iudicio centum virali tractata fuerit hæc actio, opponit ſeculo Iuſtin. ante quem longe judicia illa in vſu eſſe deſierant. Cæterum non ſemper in iudicio illo, ſed etiam coram judicibus datis hanc actionem propoſitã fuiſſe, plurimis legibus ſub hoc titulo evincitur: ut fortaſſis interſit an de iure, an de facto in controuerſiis hereditariis inciderit quæſtio, ut etiam notatum ad diſp. præced.

Actiones reales omnes ſtricti iuris.] Rectius dixiſſet, eſſe neque ſtricti iuris neque bonæ fidei. Omnino enim verius exiſtimo diviſionem illã propriam eſſe actionem in perſonam *arg. §* 28. *l. de action.* quod præſertim à præſtationibus illis, de quibus in actionibus perſonalibus diſputatur, diverſitas illa bonæ fidei & ſtricti iuris præcipuè dependere videtur. Porro cum iuxta notata ad *diſput.11.theſ.5.* actiones arbitrarię proxime accedant ad naturam bonæ fidei actionũ, fortaſſis actiones reales, quæ arbitrariæ ſunt, non recte ſtricti iuris appellabuntur.

LIT. E.

Hodie tamen bonæ fidei effecta.] Verius puto, etiam olim actionem hãc pro bonæ fidei iudicio habitam fuiſſe. 1. per *l Seia.42.in pr. de mort cauſ. donat.* vbi verbis, *bona fidei iudicio conſtituto*, omnino videtur ſignificari petitio hereditatis, eaque opponi rei vindicationis ſingulari: quod recte docet *Anton. Fab.* 14. *coniect.* 18. vbi refutat Cuiac. ex eo textu male probare conantem, quod oppoſita exceptione doli iudicium ſtricti iuris, bonæ fidei efficiatur. 2. Quod hæc actio

ſemper

Digitized by Google

catur c. 10. concluſ. 33. nu. 92. Hanc autem quæſt. repetit. Tr. th. vlt. in fin.

THESIS XII.

LIT. A.

An legitima ſolo inſtitutionis titulo, &c.] Communiſſimè hoc affirmatur à Doctoribus *in auth. nouiſſ. C. h. t. per Nou. 115 c. 3. in pr.* per quam derogatum eſt iuri veteri, quod ab ipſo Iuſtiniano in Inſtit. traditum & repetitũ eſt. *Nou. 18. c. 1.* (Neque enim nouum Iuſtiniano, Proprijs ſanctionibus identidem derogare.) Scilicet iure veteri filius etiam optimus quocunque titulo relicta legitima exhæredari poterat: quam iniuriam Iuſtinianus tollere voluit, vt ipſe profitetur *d. Nou. 115. c. 5. in princ.* Et tamen non totam legitimam neceſſum eſt titulo Inſtitutionis relinquere, ſed quamcunque partem, ita vt reſiduum actione ad ſupplementum petatur, vel quocunque titulo relictum in legitimam imputetur: quin imò etiam in re ſingulari, in paucis etiam thaleris filium inſtitutum eſſe, ſufficere exiſtimant Dd. quos refert & ſequitur *Iaſ. in d. Auth. nouiſſ. C. h. t. n. 15.* quin nec deſunt, qui nudum titulum inſtitutionis citra vllam rem ſufficere putant, ſi modò filius aliunde, ſingulari etiam titulo legitimam conſequatur. Quibus ſane opinionibus cauſam præbuit Iuſtin. *in d. Nou. 115. c. 5. in princ.* vbi ait ſubſiſtere teſtamentum, modò filius hæres ſit nominatus, & certis rebus contentus eſſe iuſſus: ſolam enim eſſe intentionem eius, exhæredationis iniuriam auferre: vt ita ſola & nuda & nominalis inſtitutio ſufficere videatur. Et vix eſt, vt verba illa Iuſtiniani alium intellectum admittant, licet à ratione iuris hoc ſit alienum, & filius ita nomine tenus inſtitutus re vera non hæres, ſed legatarius ſit, ex ipſius Iuſtin. conſtitutione *in l. quoties 13. c. de hæred. inſt. iuncto §. ſi quis 9 Inſt. d. fideic. hæred.* vbi talis inſtitutus pro legatario habetur, & nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. Nec multũ intereſſe videtur, an quis nomine tenꝰ legato relicto inſtitutus, an in re certa inſtitutus, an inſtitutus rebus certis contentus eſſe iuſſus ſit, *quia omnes hi reuera legatarij ſunt,* quod magis apparet ex collatione *d. l. 13. C. de hæred. inſtit. & §. ſed & ſi 3. Inſt. qu. b. mod. teſtam. infirm.* neque alia de cauſa inſtitutioni hæredis mentio rei certæ detrahitur *l. 1. §. 4. l. 9. §. ſi duo 13. l. 10. de hæred. inſtit.* quam quod rei certæ mentio eum qualitate hæreditaria nullo modo conſiſtere poteſt, *de quo infr. diſp. 11.* Quæ omnia cũ in filio ex mente Iuſt. ſufficiant, vana illa ſunt, quæ de titulo inſtitutionis honorifico iactantur, & in nudis verbis ſubſiſtunt, cum ille, qui iuris vniuerſi ſucceſſor nõ eſt, hæres reuera eſſe non poſſit. Enim verò ex vera ratione iuris ita conſtitutum oportebat, vt filius in parte aliqua hæreditatis, vel minima, vel vtique in legitima, quæ pro triente vel ſemiſſe rectè accipietur, hæres inſtitueretur. Cõſequenter dici poteſt, etiam hodie legitimam re ipſa titulo particulari rectè relinqui, modo ne exhæredetur filius, ſed quamuis nudè hæres nũcupetur. Proinde etiam probanda erit Dd. poſt Bart. ſententia, relata & probata ad Iaſ. *in d. l. quoties C. de hæred. inſtit. n. 4.* quod inſtitutus in re certa mixtam & mediam obtineat naturam inter hæredem verum & legatarium, ita vt & ei accreſcat, & rem illam autoritate propria occupare poſſit: vt ita effectus aliquis nudæ illius inſtitutionis Iuſtinianeæ eſſe poſsit. Ex quibus etiã hoc efficitur, improbandam eſſe omnino diſtinctionem Tr. hac lit. A. in qua committitur fallacia diuerſæ quæſtionis: quia ut ſupra dictũ, hoc quæritur, an ad validitatem teſtamenti ſufficiat filio quomodocunque exhæredato legitimam particulari titulo reliquiſſe: quod omninò negandum eſt: atqui altera pars diſtinctionis Tr. quod cauſa inſerta & probata neceſſe non ſit legitimam titulo inſtitutionis relictam eſſe, eſt de indubitabili, & hoc caſu nec quidem nũmum relinquere neceſſe ſit.

LIT. B.

Debetur ſine vllo grauamine.] Expeditum hoc eſſe ait Tr. ſcil. *per l. 30. 32. & 36 C. h. t.* Sed obſtare videtur, quod ipſe lit. C. & th. 16. legitimam eſſe ait quotam hæreditatis. Equidem Tr. in exegeſi de opere fideicommiſſi loquitur, attamen nimis generaliter in th. ſine omni grauamine eſſe dicit: & cum in hæreditate contineantur iura commoda & incommoda, & in hæredem vtpote repræſentantem perſonam defuncti omnes actiones hæreditariæ dentur, quota hæreditatis ſine onere dici non poteſt. Neq; obſtat, quod legitima deberi dicitur deducto ære alieno: quia hoc non ad actualem & realem deductionem pertinet, ſed ad ſubductionem rationum & computationem, quantum ſit in legitima, quomodo etiam Falcidia & Trebellianica deducto ære alieno deberi dicuntur, quas tamẽ vix quiſquam ſine onere eſſe dicit, licet & illæ fideicõmiſſo grauari non poſsint. Cæterum textus citati ex tit. Cod. hic ad caſum filij exhæredati pertinent, quomodo eos acceptos fuiſſe ab omnibus antiquis vſque ad *Bart.* teſtatur *Iaſ. in l. 4. C. de inſt. ſubſtit. n. 19.* Quoniam enim illo adhuc iure

Digitized by Google

iure ita obtinebat, vt filius exhæredatus modo legitimam quocunque titulo haberet, querela agere non poſſet, ideo Iuſtin. legitimam illam, quàm aliàs portionem natura debitam vocare ſolet, filio ita exhæredato: ſine vllo onere & dilatione voluit repræſentari. Ex quo intelligitur, errare etiam vulgo Dd. qui cauſalem conditionem inſtitutioni filij adiectam, per illos textus putant eſſe detrahendam, de quo agitur infra *p. 2. diſp. 11. th. 3. lit. D.*

Non procedat doctrina Cipollæ] Ratio eſt, quod ita reuera differretur præſtatio legitimæ, quæ non nudam proprietatem, ſed plenam & ipſum ius vtendi deſiderat. Accedat quod Iuſtin. expreſsè conſtituit *Nou. 18. cap. 3* in his ipſis terminis, vt filius legitimam pleno iure habeat. Cæterùm hæc ratio inſtituendi filio alias bona habenti vtilis eſſe poſsit, ſi vſufructuarium paulò poſt mortem obire contingat. LIT. C.

Non bonorum ſed hæreditatis quota.] Effectus eſt magni momenti, quia qui habet tãtum quotam bonorum, inſtar legatarij, qui quotam hæreditatis, hæres eſt. Et verò adſertio iſta Tr. cautione, explicatione & diſtinctione eget. Expedita videtur ratio, vt inter filium exhæredatum & inſtitutum diſtinguatur: quia fieri nequit, quo minus ea pars, quam tanquam hæres inſtitutionis titulo habeo, ſi pars hæreditatis: ſicut ex aduerſo, quarta, quæ olim exhæredato titulo particulari præſtabatur, ſine dubio fuit quarta bonorum. Eoque ſcil. reſpexiſſe videntur Dd. dum communius legitimam partem hæreditatis ſtatuit; quod videlicet ex cõmuniſsima ſententiam legitima hodie titulo inſtitutionis ſit relinquenda, (quamuis Salicetus ſimpliciter dicat eſſe quotam bonorum *in l. ſcimus 36. in fin. h. t.* ex inepta ratiõe, quid debeatur deducto ære alieno) Hæc quidem ratio iuris dictat: verum iuxta paulò ante diſputata ex *Nou. 115. c. 5* ſtatuendum omninò videtur, quod etiam in caſu filij inſtituti legitima ſit quota bonorum: ſi videlicet filius nomine tenus inſtitutus certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit. quoniam hic filius, ſiue illæ res legitimam conficiant ſiue non, reuera hæredis loco eſſe nequit. Planè ſi filius in ipſa legitima, vel in quota aliqua hæreditatis inſtituatur, tum demum verus hæres, & legitima quota hæreditatis erit.

Agetur ad ſupplementum] Hoc ita ex iure nouo, ſed iure veteri querelæ locus erat, etiamſi quis in minori parte fuiſſet inſtitutus

Petitione hæreditatis.] Dependet hoc à præmiſſis ſcil. ſi filius in parte hæreditatis vel minima, velut vnica vel ſextante inſtitutus ſit, hac actione rectè ad ſupplementum aget, petendo ſe declarari hæredem pro triẽte. Verum ſit reuera nõ hæres, ſed nomine tenus inſtitutus, re ipſa legatarius ſit. hoc caſu rectiꝰ fortaſſis defẽdatur ſententia Dd. qui conditionem ex l. tribuunt, vel aliorum, quos ſequitur *Ant. Fab. dec. 14. err. 8.* qui actionem ex teſtamento inſtituendã eſſe putãt: quod proculdubio teſtatur legitimam ſuppleri maluerit, quàm planè iudicia ſua reſcindi. Neq; adeo hic obſtabit, quod pro certo tradit *Iaſ. in l. 3. C. h. t. n. 7.* actionem ex teſtamento nõ dari inter ipſos cohæredes: quoniam hoc caſu filius reuera hæres non eſt, licet aliàs etiam dici poſſit, filiũ eo reſpectu, quo ſupplementum legitimæ petit, inſtar legatarij eſſe. Vix enim puto dici poſſe, filium iſto caſu quo ad hunc effectum pro hærede haberi poſſe, cum vt paulò ante dictum, hæres in re certa inſtitutus mixtæ naturæ ſit: etenim repugnat huius actiõis, qua hæreditas petitur, natura, neq; poſſit petere ſe declarari hæredẽ, qui nullis actionibus hæreditarijs vtatur aut inueniatur. Et hanc ſententiã quod actio ex teſtamẽto detur vel condictio ex L. magis probat *Sal. in l. ſi quis 34. in fin. & l. ſcimus 36. in fin. C. h. t.* vbi etiã refert quorundam diſtinctionem, an teſtator legitimam ſuppleri vetuerit, necne, vt illic condictione ex L. hic ex teſtamẽto agatur. Simplicius fortaſsis dicemus, officio iudicis vel arbitri familiæ erciſcundæ, quod legitimæ deeſt ſupplẽdum eſſe, vt quoad ſaltem filius inſtar hæredis habeatur, vt ab arbitrio, qui inter cohæredes accipi ſolet, legitima ipſi ſuppleatur. LIT. C.

Non quinquennio] *v. Salic. in l. ſi quis 34 n. 8. C. h. t.* vbi refutat Br. & reddit rationem differentiæ quod querela exhæredato ad reſcindẽdum, actio ad ſupplementum hodie inſtituto, & vtique ad conſeruandum teſtamentum tendens, detur. Planè hoc iure nouo rectè dicitur, poſtquam filius omninò inſtituendus eſt: cæterum ex ratione iuris anterioris nõ de nihilo videtur eorum ratio, qui actionem ad ſupplementum quinquennio finiri ideò putant, quodammodo ſuccedat in locum querelæ: quod probatur ex *L. 34 in fin. C. h. t.* ſecundum quam in hoc caſu filij exhæredati ipſa quoque actio ad ſupplementũ, ſicut querela, quinquennió circumſcripta videtur (quamuis quod de quinquennio dicitur *in fin. d. l.* poſsit non incommodè ad querelam referri, de cuius tranſmiſsione principaliter ibi quæritur.) Quo poſito, dubia redditur ſentẽtia

Anton.

Etiam ſub Iuramento.] Equidem iure Can. non niſi iuratæ renuntiationes ſuſtinentur: ſed fortè ex conſuetudine etiam non iuratæ.

THESIS XV.

LIT. A.

Quia legitima nunc triens.] Mala hæc ratio: quia etiam ſecundum ius vetus, quo legitima ſemper erat quarta. huic quæſtioni, an liberi excluſi faciant partem; locus erat: quia ſi ex duobus filijs vnum exhæredatum partem facere dicamus, alterius legitima tantum erat dimidia quartæ quæ alias eſſet quarta totius. Quæri autem hoc poteſt de excluſis ſiue ſtatuto ſiue exhæredationi, an in computatione legitimæ connumerentur. Eam quæſtionem *Iaſ in Auth. nouiſſima C. h t. n. 47.* vocat aliam; profundam & difficilem, de qua conſultus Raphael Cuman. non habuerit quod reſponderet. Initio diſtinguendum videtur, an filia v. c. ſit planè excluſa ſtatuto, an exhæredatione. Illo caſu cum omninò nullum ius ſuccedendi aut querela agendi habeat filia partem facere non poteſt: ſed quoad hunc effectum pro mortua habebitur, ſiquidem ſtatutum hoc, intelligitur cæterorum liberorum portionem auctam voluiſſe. Equidem ex ratione iuris noui, vtile quandoque poſſit eſſe liberis, v. c. ſi ſint quatuor, vt filia quinta numero, ſtatuto excluſa connumeretur: verum hoc quod vno vel altero caſu ex accidenti contingit, in conſiderationem venire non debet. Et hactenus in terminis iſtis ſtatuti rectè dicemus, liberos excluſos non connumerari in computanda legitima: verum in caſu exhæredationis factæ, de quo præcipuè & ferè tantùm agere Tr. colligitur ex lit. B res dubia eſt: quòd cum exhæredatus filius aliàs ab inteſtato concurriſſet, non videtur factum illud patris prodeſſe debere alijs liberis, ad eorum legitimam augendam. Videtur autem phraſis illa, *liberos excluſos in computatione legitima connumerari*, ambiguam habere ſignificationē: vt vel connumerentur nomine tenus: ad eum effectum, vt cæterorum legitima ſit maior, velut ſi ex quinque liberis vnus ſit exhæredatus: vel contrario modo, vt re ipſa connumerentur, perinde ac ſi partem ſuam accepiſſent, ad eum effectum, vt cæterorum legitima minor ſit, & tanta, quanta non exhæredato fratre fuiſſet, quod ICti noſtri partem facere dicunt. Quoniā autem rem difficiliorem facit conſtitutio Iuſtin. *in Nou 18 c.* 1. ideò ad rationem iuris veteris, quo indiſtinctè in quotcūque liberis legitima quarta eſt, hæc res tractanda erit. Vbi tres caſus diſtinguendi videntur.[a] Primus ſi pater v. c. duos habens filios vtrumque exhæredauerit, & vtrique legitimam reliquerit: vel ad rationem Nou. 115. inſtitutis legitimam dederit. 2 Si vtrumque exhæredauerit, & neutri legitimam dederit. 3. Si alterutri tantum dederit: vbi perinde erit, an ille qui legitimam accepit, exhæredatus ſit an inſtitutus: quia & quoad querelam & actionem ad ſupplementum ex iure nouo hæc quæſtio eſt accommodanda. Primo caſu nec querelæ nec actioni ad ſupplementum locus erit, & fruſtra de facienda parte diſputatur. Altero caſu vno querelam mouente alter interim partem facit, ita vt tantum dimidia pars hæreditatis petenda ſit *ex l. 8. § 8. h. t.* vt tamen alterius, ſi poſtea repudiet, pars ei qui egit accreſcat: & de hoc caſu loquitur *ICtus in l 17. h. t.* eum qui repudiauit partem non facere his, qui querelam mouere volunt, quoniam ſcil. legitimam nō acceperunt. Et tamen ſi ab alterutro in ſolidum inſtituta fuerit, alteri quoque, ſi non repudiauerit, victoria proderit *arg. l 6. § 1. h. t.* Tertio caſu qui portionem ſuam habet, etiamſi alter, qui nihil accepit, repudiat, agere querela aut ampliꝰ petere non poterit: quoniam, vt paulò ante dictum, factum illud patris, alteri prodeſſe non debet, & hic exhæredatus dicitur facere partē. Eoque ſi pater duorum filiorum in bonis habuerit 400 qui accepit 50. & ita quartæ dimidiam, agere non poteſt, qui ſi ſolus fuiſſet, vtique agere potuiſſet. Geminum huic exemplum eſt, ꝙ proponitur *in d. l. 8. § 8. in fin h. t* in parte, qui ex duobus filijs v c præmortuis, nepotes, ex altero vnum, ex altero tres habet. vnicum, inquit, ICtus ſeſquiuncia, ex his, vnum dimidia vnica querela excludit: quoniam ſingulorum filiorū legitima erat ſeſquiuncia, quæ nepotibus eadem ratione & quantitate debentur. Ex his decidi poteſt quæſtio propoſita *à Salicet. in Authen. nouiſſ Cod h tit n. 6.* ſi pater ex duobus filijs vnum iure exhæredauerit, alteri legitimam dederit, an legitima ſit triens totus, an tantum duæ vnicæ Prius defendit Dinus, quem ibid. ſequitur Salicet. Poſterius Bartol. cuius ſententiam ex præcedd apparet eſſe veriorem: & conſequenter nec verum eſſe quod ait Tr. lit. B. ſi tres ſint filij, & vnus hæredatus, duos reliquos integrum trientem habere: quoniam ſemper hic obſtat regula illa & exemplum ICti *dict. l* 8. § 8. quo oſtēditur, quod exhæredatus hic faciat partem, & conſequenter, quod alicubi dicitur, exhæredatum haberi pro mortuo, extra terminos ſuos trahendum

Digitized by Google

hendum non eſſe. Nec quicquam adeò obſtat *l. 10 § 4 & 5. de bon. poſſeſſ. contra tabb.* vel quia in caſu noſtro qui portionem accepit conquerendi nullum ius habet: vel potius quia ſpecialis ratio eſt bonorum poſſeſsionis contra tabb. cuius cū nullo modo participes ſint exhæredati *l. 8. in pr. de bonor. poſſeſſ. contra tabb.* etiam partem ibi facere non poſſunt. Et ratio Tr. quod etiam vnius legitima ſit triens, non concludit, quia filius pro concurrente habetur: & iure veteri quoq; vnius filij legitima erat quarta, & tamen filius exhæredatus faciebat partem vt alteri tantum ſeſcūcia deberetur *d. l. 8. §. 8 in fin. h. t.* Illud non ſatis intelligo, quare Treutl. d. lit. B. duos illos in re particulari inſtitutos proponat; cum tamen eadem quæſtio ſit, ſi filius inſtitutus ſit in legitima, imò ex ſententia Treut. ſi etiam non adiecta cauſa exhæredatus, quippe qui *theſ. 1. in fin.* etiā hoc caſu teſtamentum per querelam impugnandum exiſtimat. Illa quæſtio ſupereſt, ſi ex quinque liberis vnus ſit exhæredatus, an quatuor illorum legitima ſit triens an ſemis. Et triētem tantum eſſe reſpondet *Salicet. in Authent. nouiſſima. Cod h. t. numer 2.* vt ita exhæredatus, nec minuere nec augere legitimam, ſed vtrobique pro mortuo haberi debeat. Verum hæc ſententia ex ratione vera iuris, probanda non videtur: quoniam hic quoque regula illa vtendum cenſemus, quod exhæredatus faciat partem: facere autem non poterit, niſi pro rata, eoque nec efficere, vt fratribus quatuor duæ vnciæ decedant, ſed tantum quinta pars ſemiſsis. Ita ſi ex ſex liberis vnus exhæredatus ſit, reliquorum legitima quinque vnciæ futuræ ſunt.

THESIS XVI.

LIT. A.

Hæreditatis non bonorum.] Repetimus huc notata ad theſ 12. lit. C.

An igitur filius.] Quæſtio hic proponitur, an filius poſsit repudiare hæreditatem retenta legitima. Enim verò præſuppoſito, quod legitima hæreditatis quota ſit, hoc ipſum, quod repudiare non poſsit, inferendum erat: cum præſertim Tr. ſimpliciter quærat de filio inſtituto: cum de legitima non niſi in caſu filij exhæredati, vel ex iure nouo in rebus certis aut ipſa legitima inſtituti, diſputari debeat: quo quidem caſu, cum iuxta ſuperius diſputata legitima magis bonorum quota ſit, proculdubio filius rectè eā accipiet, tanquam partem ab hæreditate planè ſeparatam & diuerſam. Sed ex aduerſo in caſu à Tr. propoſito, cum filius inſtitutus hæres eſt, ideoque non niſi titulo hæreditario legitima haberi poteſt, ſimpliciter defendemus, legitimum ab hæreditate ſeparari non poſſe, etiam ſi filius cohæredem vel ſubſtitutum habeat. Neq; mouere poteſt, quòd pars filij legatis grauata eſt: cum iure ordinario beneficio Falcidiæ legitimā ſuam ſaluam habere poſsit: cùm etiam poſt introductum hodiè inuentarij beneficium extra omne periculum ſit conſtitutus. Et alia ratio eſt debiti, quod ex contractu & conuentione deſcendit, alia verò legitimæ, quæ non niſi impropriè tanquam æs alienum dicitur deberi: aliás vt maximè filius nec cohœredem nec ſubſtitutum haberet, legitimam tamen repudiata hæreditate, ſicut quiuis alius creditor, retinere aut perſequi poſſet.

LIT. B.

Niſi detracto ære alieno.] Ambiguus quoque horum verborum ſenſus eſt: quia ſignificant vel detrahi realiter, ita vt nullum onus hæreditariū quacunque ratione ſuperſit: vel ita detrahi, vt ſubductis rationibus, & computatione inita bonorum & æris alieni, quantitas legitimæ, & inde, quantum legatarijs & fideicommiſſarijs debeatur, cognoſci poſsit. Prior acceptio in caſu filij exhæredati, vel in re ſingulari inſtituti: poſterior in caſu filij legitima vel ſimpliciter inſtituti, vera eſt: eoque talis filius omninò pro parte onera hæreditaria agnoſcet, actioneſque hæreditarias & excipiet & exercebit: quod exemplo Falcidiæ & Trebellian. apparet, quarū itidem computationem deducto prius ære alieno iniri, certi iuris eſt: in eoque videtur offendere Tr. qui th. 12. ſine omni onere eam deberi affirmans, identidem tamen eam hæreditatis quotam eſſe inculcat: cum tamen non poſsit habere quotam hæreditatis, qui non partis illius commoda ſentiat & incommoda: quod ipſe Tr. fatetur *diſp. ſeq. th. 11 lit. A.*

LIT. C. & D.

Huc referatur.] Quæſtio hinc aliena eſt, ideoque tractanda eo loco, quo ipſe Tr. ſe remittit.

Non legata ad pias cauſas.] Hæc quæſtio non tantum ad legitimam, ſed etiam & frequentius ad Falcid. pertinet: & vt ei ſit locus, ante omnia conſtare oportet, an ex hoc genere legatorum detrahatur Falcid. nec ne, de quo agitur *infra part. 2. diſput. 14. th. 5* vbi affirmans Tr. Falcidiam ex his legatis non detrahi, huic loco contradicere videtur, quoniam ſi eorum alia quam libertatum ratio eſt, & ea legitimā non minuunt, vtrique falcidiam patientur. Eſt autem prior illa

ſenten-

ſententia, quæ defenditur *dict. diſp.* 14. communis, probata *à Gloſſ. Cyn Bart. Bald. Salicet in Auth. ent. ſimiliter C. ad L. Falcid.* licet in huius rei explicatione non omninò conueniat inter Dd. Sũt enim, qui libertatem horum legatorum nocere putant ſoli hæredi, ita vt nihil alijs legatarijs, ſed quadranti tantum decedat *argum. l. 8. §. 9. verſ. cum igitur. h. tit.* vt adeò effectu ipſo legata iſta, in quartam Falcid. hæredibus imputentur: quæ videtur eſſe ſententia *Gloſſ. Cyr. & Salicet. in d. Auth ſimiliter.* Alij per huiuſmodi legata totam hæreditatem minui exiſtimant, ita vt & hæredib. & legatarijs re ipſa imputentur, & antequam de ratione Falcidiæ quæratur, inſtar æris alieni deducantur: quæ ſententia eſt *Bart in ſupè d. auth ſimiliter* & probatur, ex textu *in §. cum autem l. ad L. Falcid.* vbi dicitur, quod vna cum ære alieno deducantur, impenſa funeris, & pretia ſeruorum manumiſſorum: cum autem legatum libertatis, ſit pro legato ad piam cauſam, de eoque reſponſum ſit, quod non patiatur Falcidiam, ſed legitimam etiam minuat *d. l. 8. §. 9. h. tit.* inde nimirum intelligimus, quomodo hoc, quod per eiuſmodi legata priuilegiata Falcidia minuatur, accipere debeamus, videlicet, vt ante omnia inſtar æris alieni ex tota maſſa deducantur.

Lit. E.

Non ſumptus ſtudiorum.] Duplex hic quæſtio eſſe poteſt an ſumptus hi conferantur, an filio in legitimam imputentur, ſicut alia, quæ forte a viuo patre accepit filius: quod magis eſt, vt negandum videatur: de quo pluribus agitur eo loco, ad quem Tr. ſe remittit, *diſp. 19. th. 13.*

Lit. F.

Non publicatio bonorum patris.] Ambiguæ huius propoſitionis quod publicatio bonorum patris non minuat legitimam, hæc ſententia eſt, quod ex publicatis bonis filio legitima debeatur, vel quod ea ſumma, quæ legitimam efficit, in publicationem bonorum non veniat: de qua tamen propoſitione ex ſtricta iuris ratione dubitari poteſt: quod ſcilicet pater, ſicut bona ſua conſumendo, ita & delinquendo, quoad hunc effectum, liberis, vt nihil ex eius bonis conſequantur, præiudicare poſſe videatur. Et cum authoritate legum per delictum bona quaſi in commiſſum cadant, ita vt damnatione ſequuta retro adminiſtratione bonorum, poteſtate alienandi & ipſo dominio priuatus videatur, *arg. l. 15. de donat.* quod liberos habet, ius illud mutare non poteſt. Illud autem verum eſt, quòd humanitatis intuitu ex damnatorum bonis, ipſo iure fiſco quæſitis, liberis portiones ſunt aſſignandæ, iuxta *l. 7. de bon. damn.* Iure planè nouo, ſublata bonorum confiſcatione, hæc quæſtio nulla eſt, niſi iuxta mores quorundam regionum, vel ſpecialibus quibuſdam caſibus Tr. accipiatur.

THESIS XVII.

Lit. A.

Affirmatiua defendi poteſt] Vt pater pro delicto filio legitimam præſtare teneatur, vix videtur aut iure aut bona ratione defendi poſſe: quippe quod filius viuo patre in eius bonis nullum planè ius habet: neque vlla niſi mortuo patre legitima intelligatur: vt proinde ferendum non ſit, patrem ex delicto filij obligari, & citra vllam ſuam culpam ſuſtinere pœnam. Et licet pœna corporalis & pecuniaria inter ſe differant, attamen in genere conueniunt, quod vtraque pœna eſt, generale autem & iuris rationis ipſius præceptum eſt, ne alienæ culpæ quis fiat ſuccedaneus, de quo pluribus agitur infra diſput. 24. th. vlt. vbi Tr. defendit ſtatutum, quo parentes ex delictis liberorum ad pœnam pecuniariam tenentur. Illud rectius dicetur, quod pater pro delicto exſoluit filij huic in legitimam imputandum eſſe.

Si ex filio nepotem.] Non difficulter admittam hanc limitationem, cum regula non ſatis conueniat rationi: cæteroquin facilè cõtrarium defenderem, quod nepoti illi obſtante patre, nullum ius eſſe poteſt, & ipſe pater proculdubio ex cauſa delicti bona ſua minuere & liberis nocere poſſit.

Aut ex contumacia filius condemnatus.] Minus proba videtur hæc limitatio: quod facilius videatur, patrem hoc caſu teneri, cum cõtumacia verum delictum non ſit, & præcipuè cauſas ciuiles concernat: veluti iure ciuili, vbi filius ex delicto ciuiliter intentato condemnatus eſt, pater de peculio rectè conuenitur *l. 3. §. 11. de pec.* Cæterum caſus ex iure Saxon. minus rectè hic pro exẽplo affertur, ſiquidẽ vt hic ait, eo iure ex delicto filij pater noxali actione cõueniri poteſt: nam & ita iure communi in ſeruis obtinet, vt quia eorũ nomine noxali actione tenetur dominus, eos aut noxæ dedere, aut æſtimationem damni præſtare obligetur.

Lit. C.

Vbi eam ſponte aſſignauit.] Equidem legitima non niſi mortuo patre debetur, eiuſque quantitas ad rationem bonorum quæ tempore mortis ſunt, initur: itaque quod pater ita filio aſſignauit, non tam reuera legitimæ, quam potius dona-

donationis ſapiet naturam, & mortuo patre in legitimam imputabitur.

LIT. D.

Aſſignari debet iudicis arbitrio] Ambiguè & obſcurè hoc dici videtur. Equidem quantitas ipſa legitimæ ſatis iure definita eſt: & vbi liberi vel ab inteſtato vel etiam aliàs ex teſtamento hæredes exiſtunt, de legitima non quæritur, ſed tum demum, vbi fortaſſis iuxta *Nou. 115. c. 5.* filius in rebus certis, ita vt integram legitimam non habeat, inſtitutus eſt: vt proinde non rectè affirmetur in genere, vbi legitima à patre aſſignata non eſt, à iudice eam aſſignandam eſſe. Quin & legitima ſine iudice à libris accipi poteſt: & illius officio tum demum opus eſt, vbi de corporibus & ſpeciebus inter hæredes controuerſia eſt, cui controuerſiæ etiam circa quartam Falcidiam vel Trebellian. locus eſſe poteſt. Planè caſus ſingularis, quem etiam Menoch citat. loc. tractat, nullam cum præcedentibus habens affinitatem, ita nudè proponendus nō videbatur.

Coronidis loco] Hæc quæſtio tractata ſupra ad th. 11. lit. D. & otioſè hic repetitur.

DISPUTATIO XIV.

DE PETITIONE HÆRED.

Reſpondente

IODOCO SCHELTING:
Friſ. Occid.

THESIS I.

LIT. C.

QVO *reſpectu indiuidua.*] Vtique omne ius incorporale indiuiduum eſt: & tamen in eo non aſſentior Treutl. quod quæcunque in contrarium dici videtur, de ſubiecto hæreditatis, & rebus hæreditarijs accipienda exiſtimat. ſiquidem *in l. 9. §. hæredes. 12. de hæred. inſt.* ius diſertè diuidi dicitur, nō quidem quaſi hæreditas iam conſtituta in alicuius perſonā diuidatur, ſed quòd teſtatur inſtituendo plures hæredes efficiat, vt in ſingulorum perſona diuiſum & diuerſum ius exiſtat: quod tamen non ſit poteſtate teſtatoris, ſed legis XII. tabb. quæ non res hæreditarias, indiuiſas manentes, ſed omninò ipſum ius diuidit, vt tamen ſubſequatur voluntatem defuncti, diuidendo ius proportionibus, quas teſtator aſſignauit: quo ſcil. reſpectu *in d. l. 9. §. 12.* ius à teſtatore diuidendum eſſe dicitur, quoniam non adſcriptis partibus omnes æqualiter futuri eſſent hæredes.

Communionem recipit, diuiſionem non item.] Nimirum occurrere vult obiectioni, quæ à communione deducitur ad diuiſionem: quæ etiam illatio, ſi de diuiſione non craſſa & reali, ſed magis intellectuali quæratur, vera eſſe videtur, ſiquidem ipſa communicatione, rem quodammodo in partes diuidi neceſſum eſt: & multò magis, quod in communicatur, diuiduum eſſe dicendum erit, & diſtincta vocis ambiguitate idem & diuiſum ſubtilius, & ratione corporum diuiduum dici poteſt. Ceterum quoad propoſitam quæſtionem, quod de communione hæreditatis paſſim legitur, non tam ad ipſum ius, quam potius, contra quam exiſtimat Tr. ad res hæreditarias pertinere videtur, quomodo etiam non iuris, ſed rerum diuidendarum gratia iudicium fam. erciſc. inſtituitur.

LIT. D.

Succeſſio in vniuerſum ius.] Genus hoc improprium eſt, quod ſcil. ipſa hæreditas ſucceſſio non eſt, ſed potius hæreditatis acquiſitio: velut paſſim hæres ſucceſſor vniuerſi iuris dicitur. Neque placet his eorum ſententia, qui hic confingunt aliquod ius à morte defuncti exiſtens, de quo *infra p. 2. diſp. 12. lit. A.* quod ipſum tamē ſucceſſio dici non poſſet: neque in nouum aliquod ius à morte demum conſtitutum, ſed in ius defuncti ſuccedit hæres: & quomodo bonorum poſſeſſio dicitur ius perſequendi, *l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* ita & hæreditas ſucceſſio appellari videtur.

Perſonam defuncti repræſentans.] Traditur hoc *in leg. 31. in fin. de hæred. inſtitut. & in §. ſeruus. 2. Inſtitut. eod.* vbi adijcitur, quod repræſentet defuncti perſonam non hæredis futuri. Cui obſtat *l. nouatio. 24. in fin. de nouation.* his verbis, morte promiſſoris non extinguitur ſtipulatio, ſed trāſit ad hæredem, cuius interim perſonam hæreditas ſuſtinet. Neque enim ferri poteſt, quod *Gloſſ & Bart. in d. l. 24.* verbum, *cuius*, referunt ad promiſſorem defūctum. Rectius dicitur, ſi conſideretur euentus aditæ hæreditatis, quoniam hoc facto fictione iuris hæreditas cum tempore mortis continuatur *l. omnis 138. de reg. iuris.* & perinde omnia habentur, ac ſi ſub tēpus mortis cōtinuo hæredes extitiſſent *l. ōnia 193. de reg. iur.* & hæres qui adijt ex mortis tēpore defūcto ſucceſſiſſe intelligatur *l. 28. §. 4. de ſti. ſe. l. hæ. 34. de acquir*

quir. hered. eo reſpectu hæreditatem videri repræſentare perſonam hæredis: ex quo reſpõſum eſt *in d.* § 4 *l.* 18. quod ſervus hæreditarius etiam hæredi futuro vtiliter ſtipuletur: Quod ſi remota iuris fictione ipſum inſtans, & rei veritatem, & incertum eventum hæredis forte præmorientis aut repudiantis attendas, neceſſario ſtatuendum eſt, quod hæreditas in re tum repræſentet perſonam defuncti quam rationem forte appellat *Accurſ in d.* §. 2. *I. de hæred inſtit* Nec male *Iohan Fab. ibid* inſpici perſonam defuncti, vt actus valeat. ſed hæredis, quoad acquiſitionem

Vbi aditur patrimonium hæredis. &c] Siquidem tum confunditur cum bonis eius, qui hæreditatem adivit: licet titulus maneat, nec omnimodo etiam reſpectu hæreditatis aboleatur: veluti ſi de Falc. detrahenda agatur: idque hodie magis obtinebit, ſi hæreditas cum beneficio inventarii adita proponatur.

THESIS II.

LIT. A.

Nimirum ſtricta plane hic & ſpecialis verbi, *actionis* ſignificatio eſt, vt actionem in perſonam tantum deſignet, *ex l.* 178. *de V. S.* quoniam *in l.* 25 *de oblig. & act.* petitio non actioni, ſed conditioni opponitur: & cum omne genus de ſua ſpecie prædicetur, non dubium eſt, quin etiam petitiones varie & proprie actiones habendæ ſint *arg. d. l.* 25. & §. 1. *Inſtit. de action.*

LIT. B.

Omnino eſſe actionem realem.] Equidem vt jam dictum petitiones, actiones in rem ſunt *l.* 28. *de oblig. & act* & ipſa actionis formula actionem in rem eſſe arguit, dum petimus nos declarari hæredes & res reſtitui; & omnino hæreditatem noſtram eſſe intendimus *l.* 3. *h. t.* & vindicationes omnes in rem ſunt § *appellamus. Inſt. de act* inter illas autem hæc actio refertur *l.* 1. *in pr. de rei vind.* idque ipſa titulorum ſeries in Pandectis & Cod. arguit; quo pertinet, quod hæc actio non tam ex obligatione, quã ex dominio deſcendit, & contra quẽcunque poſſeſſorẽ datur, quæ propria actionum in rem nota eſt, *l.* 25 *de oblig. act. facit l.* 9. *C. h. t. l.* 25. §. 18 *eod. l.* 27. §. 3. *de rei vind.* Attamen dicitur hæc actio perſonalis mixta *l.* 7. *C. h. t* & vtcunque in rem principaliter, ſit, præſtationes tamen habet perſonales *d. l.* 25. §. 18. & ratione eius, quod falſus hæres gerit, exigendo vel ſolvendo debita, aut faciendo impẽſas, quaſi cũ eo, qui poſtea hæredẽ ſe probavit, cõtrahere videtur, perinde ac ſi negotia adminiſtraſſet: vt nihil obſtet, quominus hoc reſpectu actio iſta mixta perſonalis debeat appellari iuxta *d. l.* 6. *C. h. t.* Neque enim fieri poteſt *Bell in* 2 *ſupput* 3. explicatio, quod *in d. l* 7. dicitur, ad duplicia iudicia referẽris hoc ſenſu, rationem actionis familiæ erciſcundæ, quæ triginta annis durat exigere, vt idẽ in petitione hæreditatis obſervetur. Male etiam *Cyn & Bart in d. l.* 7. ideo 30. annis durare docent, quod detur contra titulo nõ poſſidẽtem: cũ Imp. expreſſè, ex eo, quod actio ſit perſonalis mixta, durationis illius cauſam deſumat. Et verè ſi aliæ quoq; actiones hoc ſenſu mixtæ dicuntur, vt oſtenditur *infra diſput* 19 *th.* 1. etiam hæc ita appellari poterit. Facit, quod nõ ſimpliciter poſſeſſorẽ, ſed quatenus ſe pro hærede gerit, hæc actio perſequitur: tum etiã, quod actio hæc reſpectu præſtationum illarum perſonaliũ bonæ fidei, quæ qualitas actionum in perſonam propria eſt, etiam olim habita fuit.

THESIS III.

LIT. A.

Alia prætoria.] Generalius loquendo, & conſiderato effectu: cæterum conſtat, quod prætor hæredem facere non poſſit, *in prin. Inſt. de bon. poſſ.*

LIT. C.

Sed qua & fideicommiſſariam.] Hoc idem magis probat *Accurſ. in l.* 2. *de fideicommiſſ hered pet. & Bart l. vltim. eod.* Sed dubium facit, quod SCta iuris civilis partes ſunt, & ex ijs venientes actiones referuntur inter civiles, & opponuntur prætoriis *in princ. Inſtit de perpet. & temp. act* Et cum actiones dicuntur contra iuris civilis regulam tranſire, ius civile in ſpecie & per excellentiam pro iure antiquo xii. tabb. accipitur, quo ſenſu etiam conſtit. Impp. ſæpe iuri civili opponuntur: & alias ſucceſſiones ex SCtis Orphit. & Tertull. in prætorias eſſent referendæ, contra *l.* 3 *in fin. h. t. & l.* 7. *in princ. de cap. minut.* vbi ſub novis legibus etiam SCta comprehenduntur. Et igitur ſiquidem SCta iuris civilis ſunt, etiam qui ex his ſuccedit, non prætoria, ſed civili petitione hæreditatis vtetur; quam conſequentiam male negat *Accurſ in d. l.* 2. *de fideicommiſſ hered. pet.* & eiuſdem inſtantia vitioſa, quod licet contractus iuris gentium ſint, actiones tamen ſint iuris civilis: quia & hoc falſum eſt, & diverſa iuriſgent. eſt ratio, quod in ſingulis rebuſpubl. indiget ſubſidio & aſſiſtentia iuris civilis. Hinc nec Bartoli diſtinctionem probandam exiſtimo, an fideicommiſſarius ex perſona hæredis an nomine ſuo agat: quia hoc etiam caſu civilem actionem eſſe rectius ſtatuitur: nõ obſtan-

te *l.2.d.tit* in qua, vt iam dictum, intelligitur ius civile antiquum.

Recte Accurſius ita explicat.] Vera illa explicatio eſt ex *l.36 in princ. ad Trebell.* vnde etiã Publiciana competit *l.12.§.1. de Public. act* neque tamẽ neceſſe eſt ponere, quod nihil actu acceperit fideicommiſſarius, quin hic etiã realẽ poſſeſſionem nactus contra eum, qui controverſiam hæreditatis movet, recte hac actione experietur.

THESIS IV.

LIT. A.

Qua quomodo differat] Non obſcuræ differentiæ ſunt harum actionum, quod altera vniverſalis, altera ſingularis eſt, quod altera contra nõ titulo, altera contra titulo poſſidentem datur. Illud non ſatis capio, quamnam in ſequentibus intelligat differentiam a quibuſdam traditam, quod is qui hanc actionem intendit, poſſeſſionem nondum adeptus ſit, quoniam hoc ad rei vindicationem ſingularem pertinere videtur, in qua certum eſt agere eum, qui non poſſidet, petitione autem hæreditatis, etiam qui res hæreditarias poſſidet, recte experitur: quia hic non tam principaliter de re poſſeſſa, quam potius de iure poſſeſſoris, an hæres ſit nec ne, diſceptatur, eoque principaliter actor, declarari ſe hæredem petit: quo modo explicatio hæc differentiæ non vſque adeo abſurda erit. Niſi forte Treutler. eo reſpexit, quod petitione hæreditatis agere poteſt, qui nunquam poſſeſſionem adeptus eſt: quod in rei vindicatione regulariter ſecus, cum dominium citra poſſeſſionem non acquiratur. Et, vt citato loco VVeſenb. ſcribit, hæres vbi ſemel poſſeſſionẽ adeptus eſt, ea admiſſa ſpeciali in rem actione vti debet: quod ipſum tamen ſimpliciter verum non eſt: quid enim ſi poſſeſſionem eius rei adeptus ſeſe pro hærede gerat?

LIT. C

Quid pro herede vel pro poſſeſſore.] Subiicit in allegatis, ſive ſit hæres iure civili, ſive bonorum poſſeſſor iure prætorio. Quæ, ſi pro explicatione eius, quod in theſi proponitur, accipiantur, male ſe habeat: quia ibi cõfunditur titulus pro poſſeſſore, qui prædonis eſt *l.11.§.1. cum l. ſeqq. h. t.* cũ titulo pro poſſeſſore prætorio eius, qui bonorum poſſeſſionem ex edicto agnovit, qui pridem in hac materia, eum prædonem ei qui pro hærede poſſidet, opponimus, pro hærede poſſidere dicitur *l.11. in fin. pr h.t.*

Ergo qui bona fide.] Ait eum qui bona fide ex iuſto titulo rem poſſidet nequaquam teneri petitione hæreditatis. Vbi ſi à contrario ſenſu colligere licet, exiſtimare videtur, quod contra quemcunque malæ fidei poſſeſſorem hæc actio detur. Et tamen etiam qui mala fide poſſidet ſingulari titulo, petitione hæreditatis nõ tenetur, vt recte notat *gloſſ. in l.1.C.h.t.* cui non obſtat *l.3.§.1.h.t.* quia aliud eſt, deficere bonam fidem, aliud, titulum omnino eſſe invalidum & nullum; quo caſu favore actoris, ne dominium probare cogatur, petitio hæreditatis cõceditur, quod etiam tradit *Salic. in d.l.1. num. 8 in pr. C. h.t.* Deinde confundere videtur Tr. titulum iuſtum cum titulo ſingulari. Etenim licet quo ad effectum uſucapiendi nonniſi titulus ſingularis iuſtus ſit, quoniam nullus eſt titulus, quo vſucapiamus hæreditatem: attamen in hac materia, vbi de iure poſſeſſoris quæritur, qui verbi cauſa ſe ab inteſtato proximum agnatum, vel teſtamento heredem ſcriptum exiſtimandi iuſtam cauſam habens: res hereditarias tenet, iuſtum titulum habere recte dicitur quod bene advertit *Salic. in l. hereditatis 6. in pr C.h.t.* vbi ait dicẽdum, quod petitio hæreditatis detur etiam cõtra poſſidentem titulo vniuerſali, licet Dd omnes contrarium ſtatuant: quorum tamẽ opinionem cum illa conciliare facile eſt, quod Dd. titulum ad uſucapiendum habilem intellexerunt qualem qui habet, petitione hereditatis regulariter non convenitur.

Quid de eo dicemus.] Proponitur hic quæſtio non expedita ſatis, an petitio hæreditatis detur contra eum, qui ab herede titulum conſecutus eſt. Videlicet, quod omnino addẽdum translata vniverſitate, vel eius parte, de quo caſu *eſt l. 13. § 4 h t.* ſiquidem, qui rem ſingularem à falſo etiam herede verbi cauſa emit, neque controverſiam hæreditatis movet: nullo modo hac actione tenetur. Et Tr. tribus caſibus affirmat quæſtionem, ex quibus tertius, de eo qui lite pendente emit, non ſatis bene accommodatur propoſitæ quæſtioni de eo qui convenire poterat: quoniam ubi lis pendet, iam poſſeſſor cõventus eſt. Sed & amplius cum quæſtio generalis ſit de titulo, reſponſio tantum eſt ſpecialis, de emptore: cum tamen idem quæri poſſit, vbi titulo permutationis vel donationis in alium tranſlata eſt hæreditas.

Si hæreditatis venditor non extet.] Ratio redditur *l.13.§.4.h.t.* ne ſingulis iudiciis poſſeſſor vexetur. Ex quo colligere licet, proprie loquẽdo, & propriam petitionem hæreditatis non eſſe, quod emptor nullam moveat controverſiam hæreditatis, ſed tantum ita dici, quod in condemna-

demnationem univerſitas rerum venit, vt tamen quoad alia, v. c. fructus naturam vindicationis ſingularis ſequatur: & ita duplex quodãmodo ſtatui poterit petitio hæreditatis, altera propria ratione tituli, altera impropria ratione obiecti. Et inde præter interpretum mentẽ explicãdam exiſtimo *l. 2. C. de pet. hered.* in qua proponuntur duo caſus emptæ hæreditatis ſive patris, malæ & bona fide. Illi omnes omnino fructus hoc tantum à tempore litis cõteſtatæ reſtituendi dicuntur. Obiici poterat, fruſtra ſeparatim de fructibus reſponderi, eum hi augeãt hæreditatem, eoque tanquam eius pars cum ipſa hereditate & peti & reſtitui intelligãtur. Hęc obiectio removetur *in verſ. fructibus enim, &c.* quod hoc obtineat in petitione hereditaris vera, quæ datur contra eum qui poſſidet titulo vniuerſali: locus autem in impropria, quæ ita dicitur ratione obiecti. & in qua adeo, vt eleganter *in fin. d. l.* ſubiicitur, poſſeſſor titulo munitus, ſingularum rerum iure convenitur: id eſt, vt ead. ratio ſit reſtituendorum vel lucrandorum fructuum, quæ in vindicatione ſpeciali. Ex quibus convellitur explicatio Cyni & aliorum, qui in primo caſu *d. l. 2.* petitione hæreditatis, in altero rei vindicatione ſingulari agi exiſtimant, quod videtur ſequi *Donell. 19. commen. 12.* & corruit diſputatio *Salicet. in d. l. 2.* quomodo petitio hæreditatis poſſit dari contra titulo poſſidentem: ubi quidem reſponder ille, in habentibus ſymbolum faciliorem eſſe tranſitum, & emptorem quaſi eſſe iuris, & quodammodo ſe gerere pro Hærede. Hinc etiã efficitur, quod contra emptorem rei ſingularis nulla plane modo & nulla petitio hæreditatis detur, cum præſertim ceſſet ratio *d. l. 13. §. 4. h. t.* contra quam videntur communius exiſtimare Dd. quos refert & ſequitur Iaſon *in §. actionem, inſt. de action. nu. 220.* quoniũ ratio, ne melioris conditionis ſit emptor quam autor eius, non concludit: vel quia melior conditio non eſt, cum vterque ad reſtitutionem, licet diverſo actionis genere teneatur: vel quia diverſitatem includit diverſa qualitas & rei & poſſeſſionis.

Aut lite pendente emerit.] Dubium hoc videtur, quod ex vulgata regula iuris dolus ſit pro poſſeſſione, & iudicium ceptum, contra eum qui dolo poſſidere deſijt, continuetur *l. 69. cum ſeqq. de rei vindic.* (etiam in eum qui dolo poſſidere deſiit, de novo detur *l. 27. §. 3. de rei vind.*) vt proinde nulla videatur neceſſitas actionis vel dandæ vel transferendæ in novum poſſeſſorem, niſi forte caſum ſingularem paupertatis in venditore proponas, ut actio in novum poſſeſſorem ſit concedenda. Neque facit pro Tr. *l. 2. C. h. t.* quoniam aliud eſt, controverſiam motam, aliud litem pendentem eſſe. Neque propter dolũ emptoris videtur variari debere genus actionis: quæ licet Cyn. & alij Dd. ita ſtatuant *in d. l. 2.* ex eo tamen loco non probatur: cum ibi non circa genus actionis, ſed circa reſtituendos & præſtandos fructus inter malæ & bonæ fidei emptorem differentia ſtatuatur: itaque in ſpecie *d. l. 2.* etiam contra bon. fid. emptorem petitionem hered. dari ſtatuimus.

LIT. D.

Licet olim ſtricti iuris.] Subiicit in exegeſi, cum in cẽtum virali iudicio agitaretur. Quod intelligendum eſt narrative ita dici: quoniam locus iudicij vel perſona iudicis, ut actio bonæ fidei vel ſtricti iuris ſit, non efficit. Illud tamen non recte Tr. quod tempora illa priora, quibus in iudicio centum virali tractata fuerit hæc actio, opponit ſeculo Iuſtin. ante quem longe judicia illa in vſu eſſe deſierant. Cæterum non ſemper in iudicio illo, ſed etiam coram judicibus datis hanc actionem propoſitã fuiſſe, plurimis legibus ſub hoc titulo evincitur: ut fortaſſis interſit an de iure, an de facto in controuerſiis hereditariis inciderit quæſtio, ut etiam notatum ad diſp. præced.

Actiones reales omnes ſtricti iuris.] Rectius dixiſſet, eſſe neque ſtricti iuris neque bonæ fidei. Omnino enim verius exiſtimo diviſionem illã propriam eſſe actionem in perſonam *arg. § 28. I. de action.* quod præſertim à præſtationibus illis, de quibus in actionibus perſonalibus diſputatur, diverſitas illa bonæ fidei & ſtricti iuris præcipuè dependere videtur. Porro cum iuxta notata ad *diſput. 11. theſ. 5.* actiones arbitrariæ proxime accedant ad naturam bonæ fidei actionũ, fortaſſis actiones reales, quæ arbitrariæ ſunt, non recte ſtricti iuris appellabuntur.

LIT. E.

Hodie tamen bonæ fidei effecta] Verius puto, etiam olim actionem hãc pro bonæ fidei iudicio habitam fuiſſe. 1. per *l. Seia. 42. in pr. de mort. cauſ. donat.* vbi verbis, *bonæ fidei iudicio conſtituto*, omnino videtur ſignificari petitio hereditatis, eaque opponi rei vindicationis ſingulari: quod recte docet *Anton. Fab. 14. coniect. 18.* vbi refutat Cuiac. ex eo textu male probare conantem, quod oppoſita exceptione doli iudicium ſtricti iuris, bonæ fidei efficiatur. 2. Quod hæc actio ſemper

Digitized by Google

ſemper in ſe habuit præſtationes perſonales *l.25. §.18. n.t.* quarum reſpectu hæc ratio perſonalis, adeoque bonæ fidei fuit. 3. Quia, quod propriū eſt actionum bonæ fidei, exceptiones huic actioni inſunt *l.38 ſi.ll.t.* de quo mox ad th. 9 lit. A. Neque obſtat §.18 *Inſtit de action & l.vlt. C h. t.* vel quia Iuſtin. expreſſius hoc conſtituit, vel quia alias ſæpè Juſtin. iam olim recepta, ſibi arrogare ſolet.

Sed an hoc etiam verum.] Recte hoc Tr. quod etiam fidei commiſſaria hæreditatis petitio bonæ fidei ſit: neque poteſt dari ratio ſpecialitatis vel differētiæ: etenim ratio Iaſonis loc. cit. quod hæc petitio hæreditatis non ſit enumerata *in §. 28. inſt de actio* perſpicuè falſa eſt, cum vtrq; ſub genere ſpecies contineatur. In eo tamen lapſus Videtur Tr. quod adducit *l vlt. § ſin autem 2 in prin C h.t* cuius verba ita habent, ſin autem libertates vel à poſſeſſore vel à petitore fideicōmiſſariæ petantur, vel directæ ipſo iure competere dicantur, &c. ex quibus apparet loqui Iuſtin. non de petitore fideicommiſſario, ſed de ſeruis qui ſuper libertatibus ſiue per fideicommiſſum ſiue directo datis vel poſſeſſorem hæreditatis, vel petitorem interpellant.

Vt eius natura immutata] Male vtitur hoc verbo, quia, vt paulò ante oſtēſum etiam ante Iuſt. iſta petitionis hereditatis, vt bonæ fidei eſſet, natura fuit.

LIT. F.

Non idem in actione in teſtamento] Proxime tamen ad naturam actiōnum bonæ fidei, accedit. Differentia autem eius à petitione hæreditatis non eſt in obſcuro: hæc vniverſalis, illa ſpecialis eſt, hæc heredi, illa legatario, hæc ex dominio, illa ex quaſi contractu datur, hæc in rem, illa in perſonam.

THESIS V.

Brevis hæc theſis & ieiuna eſt, nec quicquam hic notandum, niſi quod mala oppoſitio eſt inter ſucceſſionem ab inteſtato, & ſucceſſionem ex SCtis: quia etiam ex his ab inteſtato ſucceditur. Et igitur dicere debebat: ſuccedi, vel ex teſtamento vel ab inteſtato, & hic vel ex LL XII. tabb vel ex LL. novis conſtitutionibus vel SCtis.

THESIS VI.

LIT. A.

Affirmat hic Tr. poſſe, quem ex duabus cauſis eſſe heredem cum Bart. *in l.3 h.t.* Verum cum hæres dominum ſignificet, nec quiſquā ex duabus cauſis dominus eſſe poſſit, vix eſt ut ex duabus cauſis ſit hęres Et vt in caſu & exemplo Tr. maneamus ſi Titius ab inteſtato heres Sempronij, teſtamento inſtituerit heredem Caium. iſte hereditatem quoque Sempronij, non niſi ex teſtamento habebit, ut quæ aditione Titij iam cum ipſius bonis & hæreditate cōfuſa, & ita ſimul in Caium tranſmiſſa ſit. Quod ſi aliusquiſpiam hereditatem Sempronij ſibi aſſerat, Caius non tanquam Sempronij ſed tanquam Titij heres & nomine Titij hereditatem illam vindicabit.

LIT C.

Dixi ſi eius interſit] Nihil hoc opus erat in ſpecie monere, quod generale, ut nemo in iure interrogetur, niſi partis alterius interſit.

THESIS VII.

LIT. A.

Ex quo illud probabile videtur.] Non apparet, quis ſit huius rei uſus aut effectus, ut petitor nō cogatur exprimere, an ex teſtamento an ab inteſtato petat hereditatem: quoniam poſſeſſore negante ius petitoris, fieri non poteſt, quin hic neceſſario cauſam petendi teſtamentum aut legem, in iudicio deducat.

LIT. B.

Ait hic, quod ex teſtamento heredem ſe dicens, teneatur hoc probare per oſtenſionem teſtamenti non cancellati, adducta ad hoc *l ult. C. de edict. Div. Adrian.* Verum ita confundere videtur petitionē hereditatis, cū remedio *d. l. ult.* quod tantū poſſeſſorium eſt, interdicti loco, & per quod non conſequimur, ut heredes declaremur, ſed tantū vt in poſſeſſionem rerum ſingularum immittamur. de quo agitur *infra 2. diſp. 25. th. 1.* Et verò ad obtinendam victoriam in hoc iudicio petitorio non ſufficit exhibitio teſtamenti non cancellati, ſed exceptiones teſtamenti falſi, rupti, irriti, &c. admittuntur.

Sed an inſtitutus in re certa.] Aliena plane ab hoc loco immiſcetur quæſtio, an huic ſuccurratur per remedium *d l. vlt.* & commodius quæſiviſſet, an inſtituto in re certa detur petitio hereditatis. Diſtinguit autem Tr. an coheres ſimpliciter inſtitutus, iam adierit hereditatem, an nondum adierit, quo caſu inſtituto in re certa remedium iſtud cōcedit: quæ etiam traditio eſt *Bart. in d l fin. C. de edict. Div. Adrian. nu 8.* Et hoc tamen rationi iuris nō convenit quin abſurdū eſt in caſu iſto, quo verus hęres fortaſſis aditurus eſt, inſtituto in re certa, qui re ipſa legatarius eſt *l. quoties 13. de hered. inſtit.* remedium hereditarium accommodare: vtique vero herede adeunte inſtitutum illum in re certa retro, &

ſemper

ſemper legatarium fuiſſe apparet. Maior dubitandi ratio erit, ſi caſum heredis certo non adituri proponas. Equidem Dd vix dubitant, quin hoc caſu inſtitutus in re certa veri heredis induat naturã, per notata *in d.l.ult. & in d.l quoties C.de hered. inſtit.* Et tamen dubitare licet, an qui ſemel & ex ratione iuris & initio legatarius fuit iuxta *d.l.13.* ex eventu incerto mutari poſſit in heredem: quoniam teſtator ipſe iure ſciuiſſe, & taliter inſtitutum pro legatario habuiſſe præſumitur. Poſſit quis exiſtimare intereſſe, an coheres datus deficiat vivo teſtatore, an demum poſt eius mortem: illo enim caſu facilius admiſerim, inſtitutum in re certa, qui tempore mortis, quo præcipuè de viribus teſtamenti quæritur, ſolus repetitur, pro herede habendum eſſe. Sed de his plenius agitur *infra part.2 diſp.12.th.1.*

LIT. C.

Debet probare ſe proximum agnatum.] Exempli loco hoc poſitum accipiendum eſt: tum quia nulla hodie agnatorum prærogativa, tum quia etiam quidam ordo ab inteſtato ſuccedendi cõiugum eſt de quo *infr.p.2.diſput.16.th.6.lit.A.* Illud autem difficile videtur, vt quis præciſè ſe proximum cognatum probare cogatur: quod hæc probatio impleri non poſſit, niſi quis nullum ſe proximiorem oſtendat, in quo implicatur probatio negativæ. Et ideo rectius dicitur, hanc quidem debere eſſe intentionem, difficultati autem probationis vel remedio publicæ citationis, vel cautionis de reſtituendo ſuccurrendum eſſe.

THESIS VIII.

Quid ſi non ſit petitum.] Quamvis in hac actione dicatur vindicari hereditas *l.1.§.1 ſi pars hered.petat.* hoc autem ſit contendere ſe eſſe heredem, q ippe quod etiam contra eum qui rem vnam tenet, tota vindicatur hereditas, cum non æſtimetur ius poſſeſſoris, ſed petitoris *d.l.1.§.1.* Attamen non dubitandum, quin etiam recte intendat quis, res hereditatis ſibi tanquam heredi eſſe reſtituendas: & videri poſſit in hoc, quod quis ſe heredem dicit medium eſſe concludendi propter quod poſſeſſor ad reſtitutionem ſit condemnandus: quod ſimiliter in rei vindicatione ſingulari obtinere videtur *arg. l.68. de rei vind.*

THESIS IX.

LIT. A.

Ait hic quod etiam filio detur hæc actio adverſus patrẽ, ſi agatur de ſucceſſione materna. Equidem poteſt etiam de alia ſucceſſione, quã matris agi, quæ filio delata ſit: Cæterum diſtinctione opus, an filius emancipatus ſit, an adhuc in patris poteſtate. Illo caſu adeo verũ eſt, quod Tr. ait, ut nec ratio dubitandi ſuperſit, de quo agitur *in l.ult.h.tit.* hoc autem caſu falſum videtur, per tex. expreſſum *in l.4. de iud c.* Et cum ex ratione iuris filiusfam. niſi caſibus ſingularibus plane agere non poſſit, multo minus poterit adverſus patrem. Et interim igitur ſi pater bona tanquam heres poſſideat, tempus illud quo in poteſtate eſt, filio non curret, quo minus poſtea ſui iuris factus libere vindicet hereditatem iuxta *l.1.§ fin.C de ann. except.* niſi quis exiſtimet filio per officium iudicis ſubveniri debere, arg. eius quod eſt *in l vlt in fin pr C. de bon. quæ lib.* vbi filius patre recuſante adminiſtrationem officiũ iudicis ſuper conſtituendo curatore implorat. Etenim cum filius bonorum adventitiorum habeat vſum fructum, ratio iuris antiqui de quo *in d.l 4.de iudic.* aliquo modo ceſſare videtur.

Sed quid eſt quod ait d.l.finalis.] Agit hic de interpretatione verborum *l.ult. h. t. etſi non exciperetur, ſatis tamen patri per officium iudicis conſulis* quæ ſc. Tr. de puncto executionis poſt ſententiam latam accipit, quod etiam hic expẽſarum, non quidem per exceptionem, ſed officio iudicis ratio habeatur. Verum explicatio hæc omnino erronea, vitioſa, & ratione iuris aliena eſt: tum quia locum illum ita accipit, quaſi ibi exceptio doli non competeret, cum tamen verba, *& ſi non exciperetur*, omnino arguant contrariũ: tum quia nulla ratio ſuadet, aut coniectura, vt illum locum ad caſum executionis referamus: tum quia officium iudicis actionem reſpicit, nõ executionem, quæ fit à prætore, executore dato. Verus autem loci illius ſenſus eſt, exceptionem ineſſe actioni, ita vt licet formulæ inſerta non eſſet, eius tamen ratio à iudice haberetur: idque eſt quod dicitur *in l plane 38 h.tit.* nec exceptionem doli deſiderari. Quod ſecus erat in actionibus ſtricti iuris, in quibus niſi quæ in formula expreſſa erant, iudex admittere & attendere non poterat.

LIT. B.

Non viciſſim parti pro vſufructu.] Nihil neceſſum erat in rationem diverſitatis inquirere, cũ liquidiſſimum ſit, vſufructuarium heredem nõ eſſe, cum præſertim Tr. præſupponat, filios ut heredes matri ſucceſſiſſe: idque ſimpliciter: ita notat *Bald in l ſi putas.C. h t.* quod filius ſit vere heres. Pater autem ſimplex ſucceſſor vſufructus: quamvis nec recte ſucceſſor dicatur, cum

Digitized by Google

reuecta nullo modo ſuccedat, ſed bonorum tantum licet omnium conſequatur uſum fructum: ac proinde nec recte à Treut. ſingularis vſuſfructuarius appelletur.

LIT. C.

Sed eam partem totam.] Probatur hoc ſatis bene ex *l. mater.* 19 *de inoffic teſt.* cui obijcitur *l.* 15. § *de legat præſt.* Sed nimirum in hac agitur de nuda prætoris tuitione; *in l.* 19. de iure filii ab inteſtato: cum *in l.* 15. filius iure teſtamenti niti pergat. Sed & maior eſt effectus querelæ, qua res plane reducitur ad cauſam inteſtati, & teſtamentum tanquam à furioſo factum reſcinditur, quam bonorum poſſeſſionis contra tabulas, qua petita & legata quædam, & ſubſtitutiones pupillares conſervantur. Sed & dici poteſt intereſſe, an inſtitutus velit vti beneficio alterius, qui querela expertus eſt, vel petijt bonorum poſſeſſionem, an non velit vti. In ſpecie *d. l.* 15 §. 2. proponitur filius ex inſtitutione manens heres, quod ſecus eſt in ſpecie *l.* 19. *de inoff teſt.* idque ex ratione ſubiecta appatet, dum dicitur, filiam, quæ teſtamentum valere putavit, non propterea videri repudiaſſe legitimam hereditatem.

THESIS X.

Quod hic proponitur, dupliciter notari poteſt 1. Quod non ſpeciale huic actioni, ſed commune eſt. 2. Quod hoc non tam in favorem petentium ſtatutum videtur, quam potius rei, ne duplici condemnatione afficiatur *per l.* 57 *de rei vind iuncta l pen h tit.* Illud autem hic quæritur, quare neceſſum ſit, priorem victorem cavere reo, cum ex regula iuris, qui ſine culpa poſt litē conteſtatam poſſidere deſiit, ſit abſolvendus *l.* 27. §. *de rei vind*: neque vero vlla culpa imputari poteſt ei, qui iuſſu iudicis iuxta ſententiam rem reſtituit. Videri poſſit ſpeciale eſſe in hoc genere amiſſionis, & in hoc caſu, vbi plures contra eandem litem moveiunt, ſiquidem per ſententiam prius latam, alteri ius ſuum quod pariter in iudicium deduxit, auferri non debeat, cum res litem conteſtando cum vtroque pariter contraxiſſe videatur. Sed obſtat quod traditur *in l* 58. *in fin. de rei vind* cum qui ſervum ex cauſa actionis noxalis tradidit, nō debere damnari ex cauſa actionis in rem, quoniam nihil dolo vel culpa fecerit. Video ſane differentiam inter actiones perſonales & reales: quæ nimirū ſi à diverſis moveantur, intereſt ex qua prius reus condemnetur. Si prior reali, opus eſt cautione, quoniam in perſonali non quæritur, an quis poſſideri deſierit nec ne: ſin prior perſonali, cautione opus non videtur, quod in reali non condemnetur, qui ſine culpa poſſidere deſiit, etiamſi litis conteſtatæ tempore poſſederit *d. l.* 27. §. 1 *de rei vind.* Verum reſiſtit *d. l.* 57. *de rei vind* quæ etiam in caſu, vbi à diverſis actio realis mota eſt, cautionis neceſſitatem requirit, quod & traditur *in d l. pen. de petit hered.* Dici poteſt, imò hic quoque cautione opus, quod poſteriori cōtra priorem victorem, & forte ſententia iudicis dominiū pronuntiatum regreſſus non detur, cum res iudicata pro veritate habeatur: quæ ratio ceſſat, vbi alio modo & ex alia cauſa poſſeſſio ad aliū pervenit, contra quem liber eſt ingreſſus petitori. Sed iterum refragatur *d l. pen. h. t* vbi traditur, & quidem in ſpecie actionis realis, quod poſteriori cauſa ſit ſalva contra priorē: quo quidem admiſſo nihil videtur neceſſarium, vt ab eo qui primus obtinuit, cautio poſſeſſori præſtetur. Ferè eſt vt exiſtimem, verſiculum poſtremum *d l. pen melius eſt &c.* eſſe à Tribon. cui frequens eſt eiuſmodi clauſulis reſponſa ICtorum quaſi emendare.

Si plures experiantur] Infert hinc Tr. ad tertium intervenientē: haud ſcio an ſatis bene, quod diſputatio *ex d l* 57. *de rei vind. & l pen. h. t* ad eū caſum pertinere videatur, quo apud diverſos iudices diverſæ actiones inſtitutæ fuerunt: etenim ſi apud vnum iudicem duo agant, non videtur niſi vtriuſq; cauſa expedita, ad executionē eſſe procedendum *arg l.* 1. §. *vlt quã ſent. ſine appel. &c.*

THESIS XI.

LIT. A.

Dummodo illa pars ſit quota hereditatis] Parum ſubtilis videtur hæc limitatio cum in th. proponat actionem hanc non dari, niſi ei qui ſit heres: quoniam nemo ex parte hæres eſſe poteſt, niſi partem habeat hæreditatis, adeo quidē vt contradictorium ſit, hæredem eſſe & non habere partem hæreditatis. Neque obſtat inſtitutus in re certa, qui ſiquidem cohæredem habet, revera legatarius, ſin minus detracta mentione rei certæ verus hæres eſt *l* 13. *C. de hæred inſtitut. l.* 3. §. 4. *l. e.* §. 13. *l.* 10 *ff eod*

Quia relicta ei eſt pars bonorum] Dubito an recte legatarius dicatur habere partem vel quotā bonorum: quia hęc denotat partem vniverſi, legatarius autem tantum habet rem ſingularem: neque enim cū ſimpliciter loquatur, accipi poteſt de eo, cui pars bonorum legata eſt, de quo *in l* 8. *de lega.* 2. Cæteroquin videtur dari poſſe quidam legatarius, cui detur petitio hæreditatis, nimirum, qui pars hæreditatis legata eſt, quod

ſc. hic

Digitized by Google

ſc. hic oneta hæreditaria ſuſtinet *iuxta l.* 8. §. *ult. ubi, id notat. Bart. de legat.* 2.

Filio pro legitima hanc actionem dari] Forraſſis hoc non recte ſimpliciter affirmatur, & omnino diſtinctione & explicatione eget. Et quidē iure vereri filius exhæredatus legitimam ſibi relictā particulari titulo hac actione petere non poterat: quod idem exiſtimo iure novo, ſi filius nomine tenus inſtitutus, & rebus certis contentus eſſe iuſſus ſit, iuxta notata diſp. præc. Cæterum ſi in ipſa legitima, quæ recte de quota hæreditaris explicatur, vel etiam in minore parte heres inſtitutus ſit, recte hac actione aut partem illā, aut pro maiori parte hæredē ſe declarari petet.

LIT. B.

Ait hic totam hæreditatem vindicari etiamſi alter rem minimam poſſideat. Mihi hic diſtinguendum eſſe videtur, ꝙ aut adverſarius poſſidet pro hærede, eoque controverſiam hæreditatis ipſi movet: & hoc caſu licet poſſeſſor rem minimam teneat, jus totum vindicandum erit, ſiquidem etiam qui vnam rem tenet, pro hærede ſe gerere, & vniuerſitatem ſibi vindicare poteſt: eoque referri poteſt, quod dicitur *in l.* 1. §. 1. *ſi pars hæred. &c.* petitoris actionem æſtimari ex jure ipſius, non ex eo quod poſſeſſor occupavit: licet ex hoc loco & illud probetur, quod etiam contra eum, qui pro parte ſe heredem gerit, hæreditas in ſolidum vindicari poſſit. Et hinc rectior ratio deſumi poteſt, cur hæc actio detur contra poſſidentem rem minimam, quam ex eo quod Treut ait, rem minimam in ordinariis curari. Quod ſi autem hæc actio intentetur contra eum, qui ſimpliciter pro poſſeſſore & titulo invalido rem hæreditariam tenet, non putarim neceſſum eſſe totam hæreditatē vindicare, ſed ſimpliciter ex cauſa hæreditatis ad reſtitutionē cōcludi poſſe: & hoc caſu Tr. ratio locū poterit invenire: etenim dubiū non eſt quin etiam rem meā licet minimā perſequi & vindicare poſſim.

LIT. C.

Vnde eſt ſi quis hæreditatem.] Ait Treut. ſi quis hæreditatē in ſolidum petat, & reus excipiat, ꝙ extent alij cohæredes, reum ab inſtantia eſſe abſolvendum. Sed videri poſſit hæc nullius momenti exceptio, *quod extent alij cohæredes,* quod potior cauſa debeat eſſe etiam partialis hęredis, quam iniuſti plane poſſeſſoris: hanc enim non pro hærede, ſed pro poſſeſſore, adeoque vt prædonem poſſidere, ex hac ipſa excipiendi ratione apparet: neque adeo intereſſe poſſit eius, cū ipſe nullum ius prætendet, cui fruſtra replicat Teſſaurus, intereſſe ipſius, ſi poſteà à cæteris cohæredibus conveniatur: vel quia conveniri nō poterit, cum ſine culpa amiſerit poſſeſſionem: vel quia remedio cautionis hic ſuccurri poteſt *arg. l.* 57. *de rei vind. & l. pen. h. t.* Verum hoc modo fortaſſis excipi poterit, *quod hæres in ſolidum non ſit.* Quo facto aut porro contendet actor, & petet in ſolidum ſe declarari hæredem, aut errorē & petitionem mutabit & corriget. Illo demum caſu, locus erit ſententiæ Treut. quoniam probata cohæredum pluralitate, in ſolidum condemnatio fieri non poteſt: hoc autem caſu recte pars adiudicabitur actori, etiam citra novum proceſſum & litis conteſtationem, arg. eorum quæ tradunt *Cyn. Salic. & Dd. vulgo in l. vn. C. de lit. conteſt. in fin.* quod qui litem conteſtati ſunt ſuper toto, etiā ſuper parte conteſtati intelligantur.

THESIS XI.

LIT. C.

Prædo & is qui deiecit.] Non ſatis bene hi duo tanquam diverſę ſpecies proponi videntur, cum hic ſub illo tanquam ſpecies ſub genere contineatur.

Quid ſi titulo ſingulari & bona fide.] Negat ſimpliciter contra hanc actionē: quod fortaſſis non ſatis convenit cum th. 4. lit. D. vbi ſequutus Iaſon. petitionem hæreditatis ſimpliciter concedit contra eum, qui cauſam habet ab hærede, ſi venditor vel abſit, vel modico pretio hæreditas vendita ſit, quibus caſibus emptor vtique bonam fidem habere poteſt. Sed ſc. Tr. confundere videtur poſſeſſorem rei ſingularis, cum poſſeſſore titulo ſingulari: contra illum non datur hæc actio, etiamſi ſit in mala fide, ſed datur contra hunc, etiam ſi bonam fidem habeat. Peccatum autem eſt in leges methodi, quod eadem quæſtio duobus locis tractatur.

Quod probat Bart. ex l. 2. *C. h. t. in fin.*] De explicatione huius l. diximus ſupra ad th. 4. ſecundū quam male *d. l.* 2. *in fin.* de rei vindicatione ſpeciali accipitur: & nimirum in ſpecie *d. l.* proponitur petitio hæreditaris ratione obiecti, & illa ipſa, quæ conceditur *in l.* 13. §. 4. & 8. *h. tit.* ne pluribus & ſingularibus iudiciis ſit agendū. Et quod *in d. l.* 2. *in fin* dicitur, emptorem rerum ſingularum iure conveniri minime probat, inſtitutam ibi rei vindicationem, ſed contrariam potius eſſe eam petitionem hæreditatis, ſed quæ circa præſtationem fructuum vindicationis ſingularis naturam imitetur, quod ſc. vt ib. dicitur, reus proprio poſſeſſionis titulo munitus eſt, vt explicatum *d. th.* 4.

Digitized by Google

Quo reſpectu directa & vtilis.] Accommodat hoc ad præcedentia, quibus eum, qui pro hærede vel poſſeſſore poſſidet, hac actione teneri dixit, vt adeo ex ipſius ſententia, illo caſu directa, hoc vtilis ſit petitio hæreditatis. Atqui hoc verum non eſt, quod ex perſona poſſidentium his duobus titulis generalibus, actio modo directa modo vtilis ſit, ſed imo vtroque caſu directa eſt: quod & recte monet *Iaſ. in l. 1. C. de inoff. teſt. nu. 6.* licet in eo ibidem fallatur, quod nunquam ex perſona conventi vtilem eſſe putat actionem contra *d. l. 13. § 4. h. t.* velut ita in vindicatione ſingulari ex perſona rei aliquando actio vtilis appellatur, de quo *diſp. ſeq.*

THESIS XIII.

LIT. A.

Vnde generatim infertur] Ad id quod th. præced. dixerit, hanc actionē dari adverſus poſſidērem pro hærede & poſſeſſore, infert hac th. quod detur adverſus omnes qui poſſident titulo invalido. Quæ illatio non ſatis bona videtur: quod *in d. th. 12.* titulus pro poſſeſſore, qui præſertim coniungitur cū titulo pro hærede, poſſit accipi de titulo vniverſali. Sed & fallacia eſt homonymiæ in verbo *invalidi*: quoniā ad effectum vſucapiendi omnis titulus cōcurrens cū mala fide: invalidus eſt: quo ſenſu falſum eſt: hanc actionē dari contra poſſidentē titulo invalido: hic autem titulus invalidus ſignificat titulū plane nullum aut iure improbatū *l. 13 § 1. h. t.* Et quod vbi titulus iuſtus per ſe, licet cū mala fide, adeſt, non competat hæc actio, probat *l. 13. § 8. h. t.* (vbi ex ſpeciali ratione vix actio vtilis contra emptorem vniverſitatis conceditur) & *Gloſſ. in d. l. 13. § 1.* dicens titulum prævalere. quam ſequitur *Bart. ibid.* & ratio ſuadet, vt hæc actio vniverſalis, non niſi contra titulo vniverſali poſſidentem concedatur, quod autem datur contra poſſeſſorem titulo invalido & nullo, licet particulari, *d. l. 13. h. t.* favore petitoris receptum videtur, vt commodiori actione experiatur, quæ generaliter omnia quæ penes adverſarium ſunt complectitur, & in qua ſola probatio, ſe eſſe hæredem, citra aliam probationem dominij ſufficit ad victoriam.

Invalidum titulus pro nullo eſt.] Explicandum hoc eſt ex præcedd. de titulo revera invalido, & iure improbato, qui requiritur ad hanc actionem fundandam.

Idē ſi titulo putatiuo.] Rationē ſubijcit, quod licet iuſtus error inſtar tituli ſit quantū ad vſucapionē, tamen non idē ſit ad repellendū petitionem hæreditatis. Ubi hæc occurrunt notāda, 1. quod ex verbis. *& ſi enim iuſtus error &c.* efficitur, omni putationi ineſſe errorē iuſtū & ita ad vſucapionē ſemper ſufficere titulū putativū, cum tamen hoc non obtineat, niſi iuſta exiſtimandi & errandi adſit cauſa *iuxta l. 11 pro emptore & l. vltim. § 1. pro ſuo*: ex quibus limitanda eſt *l. 27. de vſucap.* de quo alibi. 2. quod inde ſequeretur facilius eſſe, vt ad vſucapionem proſit titulus, quam ad excludendam hereditatis petitionem; quod contra eſt; quoniā vt ante dictū etiā qui mala fide titulo ſingulari poſſidet, non tenetur hac actione. Ratio autē Tr. qua in cōtrariū movetur, in verbis. *in vſucapione enim militat, &c.* nulla eſt, ſi terminos habiles ponas: quoniam iuſtus error vindicationē non excludit, niſi vſucapio impleta ſit & poſſeſſor etiam hæreditatis tricennali præſcriptione defenditur. cæterū iuxta ante notata qualitas tituli obſtat, quo minus actio hæc habeat locum. 3. Illud omnino falsū habendū. quod exiſtimat Tr. etiā contra eum, qui eſt in conditione vſucapiēdi, hanc actionem recte intentari, quia hæc cōditio neceſſario præſupponit bonam fidem & titulū ſingularē: atqui vt ſæpe dictum, etiam titulus ſingularis cū mala fide, hanc actionē excludit. Et ſolida ratio eſt, quod hæc actio non datur, niſi adverſus poſſidentem pro hærede & prædonem, qui pro poſſeſſore, id eſt, titulo vel nullo, vel omnino invalido, & iure improbato rem tenet, *l. 13. § 1. h. t.* omnis autem pro poſſeſſore poſſidens prædo eſt & ſine titulo poſſidet *l. 11. § 1. l. 12. & 13 in princip. h. tit.* quæ ius vſucapiendi habenti nullo modo convenire poſſunt.

LIT. C.

Vt defunctus nō poſſit grauare vnū hæredē.] Intellige ita, vt impedire nequeat, quo minus poteſtate XII. tabb. obligatio dividatur: vt tamen quod alter hæres præſtitit, actione fam. erciſcundæ à gravato conſequatur: quoniā nec exceptionem hæc diſpoſitio teſtatoris cohæredibus parere poteſt: quod ſecus erit, ſi teſtator inter viuos cum creditore pactus ſit, ne à ſe & aliquo hærede petatur, qui caſus eſt *l. avus. de pact.* de quo ibidem, & an vni ex hæredibus provideri poſſit citato loco tractat Zaſ. de quā re dictum ſupra *ad diſp. 6. th. 6.*

LIT. D.

An contra illud defuncti factum.] Negat, quod hæres rē ſuam vindicando poſſit venire contra factum defuncti: quod intellige pro qua parte hæres eſt *ex l. 14. C. de rei vind.* quoniam pro hac parte tantum repræſentat defunctum, vt ipſe Treut. ait *lit. C in princ.* Et hic tamen diſtinguen-

gucndum inter actum iure inualidum & improbatum, ex quo nec ipſe agẽs cum obligetur, nec ex eo obligatio in hæredes tranſmitti, eoque iure tale factum ab hæredibus impugnari poteſt, vt docet *Bald in l.2.C.de inoff.donat.* & in terminis *Rich.de vnion prol.cap.7.n.77.* (vbi *à num.66.* per multos ſequentes prolixe quæſtionem illam, an & quatenus hæres contra factum defuncti venire poſsit, tractat:) & inter actum validum, ex quo agens obligatur: idque videtur innuere Tr. dum proponit factum iuri conſentaneum: quæ verba alias ambiguam habent ſignificationem, cum rem alterius alienare, ſuo modo minime iuri conueniat. Quod autem præcedit, *ita vt de euictione non teneretur, &c.* aut ego non capio, aut falſum eſſe oportet, qui neceſſum eſt v.c. defunctum, qui vendidit rem alienam, obligatum fuiſſe de euictione, vt hæres rem vindicans conueniri vel exceptione repelli poſsit *ex l.Seia 73.in fin. de euict.* ſicut ex aduerſo poſito caſu, quo defunctus de euictione obligatus non fuiſſet, vel quia rem donaſſet, vel quia ita expreſsè pactus eſſet, hæredi rem vindicanti exceptio obſtare non poſſet: quem caſum in terminis tradit *Bart. in l.vltim.§ in computatione,9. Cod.de iur.deliberand.n.6.v.contra.* Lit. E.

Ampliat præcedentem propoſitionem Tr. vt etiam filius qui tantum legitimam conſecutus eſt, vindicando rem à patre alienam, exceptione, pro rata ſcilicet, repelli poſsit. Quam ſententiam vix admittẽdam puto: quo ita nullo negotio legitimæ fraus fieri, & leges præſertim Iuſtiniani, quę legitimam omnimodo & ſine vlla diminutione ex bonis ipſius patris filio deberi volunt, facile eluderetur. Ideoque, filium, vt maxime ſummo iure, exceptione repelli poſsit, replicatione, vel ſi poſsideat, aduerſus actionem de euictione exceptione defendendum exiſtimauerim. Neq; deeſt quod reſpondeatur *ad l.14. C. de rei vind.* vel quod magis patris quã matris hæreditas liberis debetur, quibus etiam illa, SCto demum delata fuit: vel quia à Iuſtin. legitimæ iura ſunt adaucta: vel quia *in d.l.14.* filius ſimpliciter proponitur: hæres ex parte, in qua amplius legitima fuiſſe intelligendum eſt: vel denique quia *in d.l.* filius conſideratur tantum qua hæres: debet autem & poteſt etiam conſiderari qua filius, cui portio illa ab ipſa natura, imo vt Iuſtin. loqui ſolet, tanquam æs alienum debetur. Neq; obſtat ratio Doctorum relata a Bart *dicto loco, & Iaſ.ibid n.10.* quod per debita hæreditaria legitimam minui, imo non ante deberi, niſi computato & detracto ære alieno, conſtat. Etenim hoc locum habet: vbi pater ſuper rebus ſuis proprijſque contraxit, non vero vbi contra bonam fidẽ res filij alienauit. Et hanc ſententiã, aut ratione ante dicta, quod alijs filius in effectu legitimam non haberet, probat *gl. in d.§.9 l.vlt.C de iur.delib* qui Iaſon *ibi n.10* male appellat falſam, (quin falſa potius gloſſ. contraria *in d.l.14.C.de rei vind.*) male eandem Bart. (non recte à Treutl. citatus) ad caſum, quo pater de euictione non tenetur reſtringit.

THESIS XIV.

Quæſtio hic proponitur ab hoc loco aliena ad materiam interdictorum pertinens, & quæ ſane ſeparatam & ſingularem theſin non merebatur. Sententia autem negans, quod occupata poſſeſsione rei hæreditariæ, dum videlicet adhuc hæreditas iacet, (quoniam in caſu iam aditæ hæreditatis, licet nondum apprehenſa poſſeſsione, paucis exceptis, cæteri Dd. omnes affirmant) non ſit locus diſpoſitioni legis vlt. videtur eſſe communis, quam probat Cyn. *in d.l.vlt num.7. Salic.ibid.num.3.in 7 quæſt* quod videlicet *d.l.vlt.* loquitur de caſu, vbi res vacans alterius occupata fuit, res autem hæreditaria nullius eſt in bonis *l.1.§.1.de rer.diuiſ.* Verum non videtur ad mentem Iuſtiniani, vt verba captentur: & conſtitutionis ratio præcipua in ea eſt, quod occupatur res, quam quis ſcit non eſſe ſuam: & cum paſsim hæreditas defuncta perſonam repræſentare dicatur, etiam quoad hunc effectum poterit: maxime ſi conſideremus ius proximum hæredis futuri & euentum aditæ hæreditatis, quo facto, retro adita hæreditas fuiſſe, fingitur *l.138.& 139.de reg.iur.* Neque mouet quod Bart. hic reſpondet, fieri hoc per fictionem, quam negat ſatis eſſe ad inducendum illud remedium. Etenim fictio tantum operatur quantum veritas, & quod præcipue locum huic remedio facit, eſt ex altera parte vera rei alienæ occupatio: neque ex eo, quod hæreditas nondum adita eſt, conditio inuaſoris melior fieri debet. Ratio autem Treutl. quod in poſſeſsione multum ſit vtilitatis, longius petita videtur: quia non ſufficit, actorem commodum ſuum prætendere, vt alias requiſita, & qualitates cuiuſque actionis ſeu remedij adſint.

THESIS XV.

Lit. A.

Contra debitores hæreditarios.] Hanc differentiam inter actionem hanc & interdictum quorum bonorum, quod contra debitores ha

Digitized by Google

tarios non detur *l. 2. quor. bonor* notat *Gloſſ. in l. 13. §. vlt. n t. & in d. l. 2 & ibid. Bart.* multa ſ eſſe differentias ait inter hæc duo remedia, quorum nō paucas recenſet Schneid. *in § ſequens diuiſio Inſt. de interdict. n. 38.* Et notat *cit. loc Bart.* quod interdicta vtiliter quidem etiam dentur pro iuribus realibus, non autem contra eum, qui perſonaliter tantum eſt obligatus : ſiquidem interdicta reſpiciant reſtitutionem poſſeſſionis, hac autē actione petit quis ſe declarari hæredem adeoq; contra omnes experitur, qui controuerſiam hereditatis ipſi mouent , pro herede ſe gerendo: ſub qua conſideratione tantum contra debitores hereditarios datur vt rectè notat Tr. *lit. B. ex l. ſi debitor. 42. h. t.*

Lit. C.

Vnde tamen non bene colligit Bart.] Non videtur adeo abſurda hæc ſententia , quam ex eod. *Bart. in d. l. 42. ibid* tradūt *Bald. & Caſtr.* vt aliquo caſu litis conteſtatio fiat per reſponſionem dubitatiuam, vbi videlicet fundamentum intentionis tale eſt, vt de eo liquido conſtare reo non poſſit : veluti ſi tanquam hæres ab aliquo tanquam debitore hereditario , centum ex mutuo petat & hic ſoluturum ſe neget, quod an petitor hæres ſit nec ne, ignoret, & ita dubitando actoris intentionem inficierit, non dubitauerim, ex ratione iuris deſuper iudicem & formulam , ſi patet eum hæredem eſſe, dari potuiſſe. Cæteroquin in iis, quæ ignorare reus non poteſt, talis reſponſio non admittetur. Poſſit tamen reus dubitans, ſalua conſcientia reſpondere, per verba vulgo recepta : *non credit.*

Illud verum eſt.] Immiſcet hic quæſtionem ab iſto loco alieniſſimam de litis conteſtatione : neque ſatis apparet, an hac in re Gæd. an vulgatam ſententiam ſequatur. Vtique qui cum Gædd affirmatiue litis conteſtationem fieri dixerit, nonniſi inepta & contradictorie negationem & affirmationem partes eius ſtatuerit. Cæterum iuxta vulgatam ſententiam , non abſurde imo recte ſtatuerit, quo affirmatio & negatio ſint partes litis conteſtationis ex *l rem non nouam 14. §. 1. C. de iudic.* vbi litis conteſtatio dicitur fieri per narrationem actoris & contradictionem rei. Verum de hac re fuſius egimus, & ſententiam noſtram expoſuimus *diſp. 12. th. 1.*

Lit. D.

Vt petitoriis ſit electio.] Videri poſſit ad alterutrum, non recte agi , vbi re iam alienata reſtituendi facultas non eſt. Sed intelligendum eſt, vel rem à poſſeſſore iterum eſſe redemptam iuxta *l. 22 h. t.* vel vt contra reſtituere non valentem in litem iuretur *arg. l. 20 §. vlt. h. tit.* Enim verò propter factum illud doloſum non mutabitur natura actionis, & nihilominus res ipſæ in hoc iudicium venient, ita vt iuxta naturam aliarum arbitrariarum actionum interueniat iuſſum iudicis de reſtituendo, cui ſi non pareatur, ſiue quod reus contumaciter nolit , ſiue quod propter factum ſuum & alienationem doloſam non poſſit, contra eum in litem iuretur: quia ſufficit per rerum naturam rem præſtari poſſe vel potuiſſe. *d. l. 20. §. vlt. & l. 33. h. t.*

Quid ſi res non poſſit recuperari.] Ait iurare in litem , ſi res recuperari non poſſit, ſi vero res non extet, teneri ad verum pretium. Quæ oppoſitio 1. recta non eſt. quoniam & quod nō extat, recuperari non poteſt. 2. Vt maxime in ſpecie accipias, *non extare*, pro, *non eſſe in rerum natura*, non videtur ſufficiens ratio , quo minus etiam hoc caſu in litem iurari poſſit , ſi non exiſtentiæ cauſa ſit dolus poſſeſſoris, qui iuramentum huic locum facit *l. 1. de in lit. iurand.*

THESIS XVI.

Lit. A.

Contra eum qui dolo deſijt poſſidere.] Rationem inquirit Tr. quare petitio hereditatis contra hunc etiam directa ſit, rei autem vindicatio ſingularis hoc caſu vtilis Et ratio Tr à verbis SCti petita aliam rationē deſiderat: & fortaſſis hanc, quod hæc actio ſit vniuerſalis, & quæ non tam res ſingulas : quam ipſum quodammodo ius, quod poſſeſſor ſibi aſſerit, perſequitur : ex quo etiam contra debitores hereditarios datur *l. 42. h. t.* Quod autem etiam contra poſſidentem titulo ſingulari inualido conceditur , iam ſupra ſpeciali ratione & fauore petitoris , cuius potior , quam eiuſmodi poſſeſſoris cauſa eſſe debet, diximus eſſe receptum.

Lit. B.

Non contra titulo poſſidentem] Odioſè repetitur, quod tractatum eſt *th. 4. & 12.* Et eſt hic quoque fallacia homonymiæ in verbo *tituli* ſiquidem ipſe Treutl. titulum pro herede agnoſcit, tum hac ipſa lit. B. vbi ait, quod petens hereditatem alleget titulum ſuum, tum *th. ſeqq. lit. B* ſecundum quod actio hæc etiam dabitur contra titulo poſſidentem : quatenus videlicet titulus non ſumitur pro cauſa vſucapiendi , ſed pro iure , quod quis ex lege vel teſtamento in vniuerſitate habet, ex quo accidente additione dominium vniuerſitatis acquiritur.

Quia

Digitized by Google

Quia agens petitione hæreditatis.] Reddit rationem Tr. cur hæc actio non detur contra titulo poſsidentem: quoniam allegans titulum, potior eſſe debeat illo, qui nihil niſi titulum allegat. Quæ ratio non ſatis videtur bona: quoniam ius illud agentis potentius eſt iure poſſeſſoris, & alias ex hoc fundamento nec rei vindicatio ſingularis contra titulo poſsidentem daretur. Quoniam tamen *Iaſ. in §. actionum inſt. de action n. 218.* hanc rationem probat, & communiter receptã aſſerit, dici pro ea poſsit, hanc eſſe diuerſitatis rationem, quod in rei vindicatione incumbit actori difficilis probatio dominij, eoque probato omne ius poſſeſſoris euaneſcit: heres autẽ dominium quidem aliquod, ſed vniuerſale & aditione ſua quæſitum, probat, idque v. c. exhibitione teſtamenti facile præſtare poteſt: facit ꝙ titulus pro herede, collatus cum titulo poſſeſſoris, titulus verè non videtur. Quæ licet diſputari poſsit, verior tamen huius rei videtur ratio, quod ius, quo poſſeſſor ſingularis nititur, nihil habet, commune cum cauſa hereditatis, neq; per eius aſſertionem vlla petitori hereditatis controuerſia mouetur, vt proinde non petenda hic hereditas, ſed res ſpeciali in rem actione ſit vindicanda Hoc autem poſito, falſa erit ſententia, quam *th. 4.* Tr. ſequi videtur, & magis perſpicue *th. 13. lit. A.* etiam contra eum, qui titulo ſingulari mala fide, imo etiam putatiuo cum iure vſucapiendi poſsidet, dari hanc actionem: in quo ſane Treut. hic *d. th. 13. lit. A.* ſibi contradicere videtur. Cæterum quod Treut *in fin. huius lit. Baldum pro diſſ.* allegat, explicandum eſt ex *Iaſ. in d. §. actionum numer. 219* vbi refert ſententiam Bald. exiſtimantis, hanc actionem dari contra eum, qui demum poſt mortem defuncti licet titulo ſingulari cepit poſsidere: quod recte ibid. improbat Iaſ. & inde tamen apparet, quod Bald. a theſi qua dicitur non dari hanc actionem contra titulo poſsidentem, non ſimpliciter diſſentiat, vt de hoc cur hæc actio non detur contra tit. poſsidentem, prolixe Cyn *inl. cogi. 12. h. t n. 7 in 4. 9 & ibid. Dd. alios.* Illud obiter addendum parum commodam eſſe oppoſitionem lit A. & B. dari contra eum, qui dolo deſijt poſsidere, non vero contra titulo poſsidentem

LIT. C.

Niſi ſit in mala fide.] Vnicam tantum hic proponit exceptionem, cum tamen *th. 4. lit. C.* tres propoſuerit. Deinde iam ſupra oſtenſum eſt, etiam eum qui bona fide hereditatem emit hac actione conueniri, *ex l. 2. C h. t.* ex ratione *l. 13 §. 4. eod.* ne pluribus iudicijs ſit experiendum. Et hic quoque ſæpe iam notata diſtinctio adhibẽda eſt inter eum, qui vniuerſitatem, & qui res ſingulares tenet: circa quod, vt colligamus quæ diſperſim & confuſim Treu. ita ſtatuendum eſt. Quod aut poſſeſſor nullum plane allegat titulũ, qui in ſpecie pro poſſeſſore dicitur poſsidere, & hac actione tenetur: aut allegat titulum & hũc vel vniuerſalem pro herede (hunc enim in hac materia titulum dici poſſe ſupra oſtenſum eſt) & itidem tenetur: vel ſingularem, & hunc vel in vniuerſitate, ſcil. hereditate vel parte eius & aliquibus caſibus petitione hæreditatis vtili, ratione obiecti ita appellata, conuenitur *l. 13. §. 4. h. t. & l. 2. C. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel prouenientem ex actu iure valido, & non tenetur hac actione, ſiue bona ſiue mala fide poſsideat: vel ex actu inualido & improbato, & tenetur tanquam pro poſſeſſore poſsidens *l. 13. §. 1. h. t.*

Quia lex cum ſit valde obſcura] Conſequentia hæc nulla eſt: Lex eſt valde obſcura, ergo non licet cum Batt. aſſerere, initio intentatam fuiſſe querelam, & poſtea actum petitione hereditatis Vtique leges obſcuræ explicandæ ſunt, ſed quæ explicatio ex multis melior, ea amplectenda. Cæterum in eo conſentio cum Tr. explicationem illam Batt. quæ etiam eſt *Cyn. & aliorum Dd. ibid.* qui abſurde verbum *perinde*, explicat, per, *exinde*, eſſe vitioſam per notata ad *diſput. præced. th. 1.* vbi facilem & veram illius loci ſententiam propoſuimus.

LIT. D.

Hereditatem integram.] Imo idem eſt ſi empta ſit pars hereditatis *ex l. 2. C. h. t.* vix enim eſt, vt his verbis ſimpliciter poſsit intelligi vniuerſitas rei ſingulari oppoſita. Et in hoc tamẽ ſibi nõ conuenit *th. 4 lit. C. & th. 13. lit A* vbi etiam contra poſſeſſorem titulo ſingulari, etiam qui in cõditione vſucapiendi eſt, hanc actionem concedit. Nec in eo ſibi conſtat, dum *th. 12. lit. C. d. l. 2. C. h. t. de rei vindic.* ſingulari, hic autem de petitione hereditatis interpretatur

Sciens emit.] Adiectum hoc eſt propter mentionem malæ fidei lit. C. cæterum iam ſæpe dictum, etiam num qui bona fide hereditatem emit hac actione aliquando conueniri

At is pro poſſeſſore non poſsidet] Obiectionem hanc mouet cõtra illud quod dixerat, dari cõtra eum qui mala fide emit hæreditatem hanc actionẽ. Ea vero obiectio nulliꝰ momẽti videtur: vel qui iam ſupra *th. 4 lit. C.* hanc exceptionem

ipſe

Digitized by Google

ipſe tradidit : vel quia non ſequitur , non poſſidet pro poſſeſſore, ergo non tenetur hac actione : vel quia hoc caſu actio non directa, ſed vtilis conceditur ex ratione *l. 13. §. h. t.* & quæ magis ratione obiecti petitio hæreditatis habeatur. Neque vero Treut. verbis ſeqq. *imo pro poſſeſſore poſſides*, hanc obiectionem remouet, ſed occaſionem captat proponendi antinomiam, quæ eſt inter *l. 13. §. 8. h. t. & l. 33. §. de vſura.* in quæſtione an qui ſciens rem alienam emit, poſſideat pro poſſeſſore: Et Treut. cum Cuiac. admittit antinomiam, & Vlpianus quoque *in d. l. 13. §. 8* ita loquitur, vt aliquos diuerſum ſenſiſſe non obſcure innuat : cæteroquin non difficilis horum locorũ conciliatio eſt, notata etiam ab Accurſ *in d. l. 13.* quod ſc. Vlpian. ibi phraſi iſta *pro poſſeſſore* vtatur iuxta ſubiectam materiam, ad eum effectum, vt huic actioni ſit locus, quo reſpectu pro poſſeſſore poſſidet, qui, vt ante dictũ aut nullum aut ex actu inualido prouenientem titulum allegare poteſt : & hoc ſenſu qui rem alienam licet ſciens dato pretio comparauit, pro poſſeſſore non poſſidet, quod alias etiam mala fides ſuperueniens efficere poſſet, vt quis pro poſſeſſore rem habere diceretur. Cæterum Iulian. *in d. l. 33. §. 1.* tractat de vſucapione: cuius intuitu titulus ad vſucapiendum inefficax, effectu conſiderato, nullius & inualidi tituli vices obtinere videtur. Atqui *in l. 13. § 1. h. t.* titulus null' & inualidus omni modo & ratione vſucapiõis & petitionis hereditatis, pro poſſeſſore eſt. Illud obiter addendum, quod *in d. l. 33. de vſucap.* pro herede, non vniuerſalem ; ſed particularem titulum ſignificet, de quo *t. t. D. & C. pro hered.*

Vide eleganter Cuiac.] Nihil citato loco 18. ob 25. elegantiæ, neque enim elegantia eſt, pugnãtes autorum ſtatuere ſententias ; quin & reliqua ibid. non elegantia, ſed in ſubtilia & Cuiacio indigna ſunt. Nam 1. ad confutandam regulã, qua mala fides dicitur eſſe ſcientia rei alienæ, exemplum profert eius, qui ab eo emit, quem putat eſſe procuratorẽ. quaſi vero non perinde ſit, fieri à domino & eius mandato *arg. §. qua ratione 43. de rer. diuiſ l. 6 §. 4 de acquir. rer. dom.* Et ſi argutari velimus, etiam procurator, conductor, fructuarius, creditor, depoſitarius, cõmodatarius, precario tenens, citra vllam malam fidem ſcientiã rei alienæ habent: ſed nimirum quicunque rem priuato titulo acquiſitam ſibi tenens, ſcit eſſe alienam, in mala fide eſſe intelligitur. Illud vero Cuiacij ibid. falſum, quod eum qui pretio dato à non domino ſciens rem cõparauit, malæ fidei poſſeſſorem eſſe negat: (quem tamen vſucapere non poſſe cõſtat) deceptus *l. 14. §. 8. h. t.* vbi prædo ſumitur in ſpecie iuxta ſubiectam materiam, pro eo qui proprie poſſidet pro poſſeſſore, id eſt, qui nullum poſſeſſionis ſuæ titulum allegare poteſt *l. 11. § 1. h. t.* quo ſenſu qui rem etiam ſciens emit, & pretium numerauit, prædo non eſt : & tamen non idem plane eſt prædo & malæ fidei poſſeſſor.

THESIS XVII.

LIT. A.

Interdum hæc actio] Ait hanc actionem interdum dari contra eos, qui nihil poſſident, veluti qui ſe liti offerunt. Atqui idem eſt in caſu *th. præc. lit. A* quia & qui dolo poſſidere deſijt, nihil poſſidet: neq; magis dolus quam oblatio pro poſſeſſione eſt : quo ſenſu dici poteſt nihil magnopere eſſe ſingulare, cũ offerens teneatur tanquã poſſeſſor, & cui contra ipſum credatur : quæ vera huius iuris ratio eſt, & cui locus non eſt, vbi actor ipſe initio reum nõ poſſidere ſcit, quia ſcientia excludit credulitatem, & opinionẽ. Ex quibus colligitur rationes hic a Tr. allatas minus recte ſe habere : quia principalis ratio non eſt, ne dolus ſit impunitus, ſed quia ſe offerens pro poſſeſſore eſt, & ratio Tr. eo facit tantum, vt poſt litem conteſtatam fruſtra ſit allegaturus reus ſeſe non poſſidere, quia non debet impunè eſſe ei, qui mendacio petitorem à ſe auertit. Sicut nec illa ratio de ignorante actore, bona. in verbis *alias enim deficeret*, &c. quia ignorantia pro fundamento eſſe non poteſt.

LIT. B.

Proponit hic caſum de vero herede eius, qui falſo pro herede , vel pro poſſeſſore poſſedit : quam in fin lit. ait conueniri non ex ſua perſona, & tamen non tãquam ſucceſſorem. Quæ verba contradictionem quandam implicare videntur. Plane cum in textu allegato *l. 13. §. 3. h. t.* proponatur ignoraſſe, quod defunctus pro herede poſſederit, magis ex illius perſona conueniri intelligitur, quod propter mutatam perſonam non debeat deterior fieri conditio actoris quod & notat *Caſtr in d. l. 13. §. Neratius.*

Sed male hic exemplum ponunt.] Quicquid etiam videatur Tr. caſus hic eſſe videtur, quo qui poſſidet titulo etiam ad vſucapiendum habili, hac actione conuenitur , videlicet titulo ſingulari pro herede, vbi res illas alienas fuiſſe ignorat *argum. l. 3. pro herede & l. 33. §. 1. de vſucap.* Licet enim ex perſona defuncti conueniatur, vtique tamen conuenitur : & ipſo titulus eſt, qui in defuncto non fuit.

Etſi enim hic fuit titulus pro herede.] Patet ex iam dictis, his verbis non removeri rationem, qua probatur ex *d.l.13.* hanc actionem iſto caſu contra tit. poſſidentem dari: quia conſideratio illa perſonæ defuncti non impedit, quo minus in perſona heredis vere titulus ſit. Sicq; per rationem ſequentem, quod defunctus fuerit in mala fide: vel quia mala fides etiam cum titulo conſiſtere poteſt, vel quia etiam qui bona fide, pro herede poſſidet hac actione tenetur. Alioquin omnino male caſum dicti § 3. ad eum defunctum, qui in mala fide fuit reſtringit. Cæterum explicanda hic erat homonymia verborum, *pro herede*; quæ ſignificat vel titulum vniuerſalem, de quo Tr. non ſine manifeſto vitio hic accipi poteſt, quod contra tali titulo poſſidentem hãc actionem dari in confeſſo eſt: vel ſingularẽ, quo verus heres res alienas in hereditate repertas, pro hereditariis tenet & uſucapit *l. 3. t. t. ff. pro hæred.* Et ita titulum habilem ad vſucapiendum: cũ pro herede vel pro poſſeſſore non ſit, illo ſenſu, titulus, ſed potius modificatio & qualitas poſſidendi, ut poſt Dd. loquitur & notat *Salic in l. cogi. 11. C. h. t. n. 2 in fin.*

Ex perſona Patris.] Non recte patris hic fit mentio, quia in quovis herede huic quæſtioni locus eſt.

THESIS XVIII.

LIT. G.

Si feudum ſit hereditarium] De natura & qualitate huius feudi hic tractare huius loci non eſt. Sed interim tentari poſſit. quod etiam feudũ ex pacto & providentia, vt loquuntur, aliquando veniat in petitionem hereditatis, & tamen ſub qualitate quadã feudi hereditarii, cuius naturã ſapit: vbi de ſucceſſione filii agitur, qui etiã huius generis feudũ repudiata hereditate retinere non poteſt, ex ſententia veriori, quæ probatur ex *cap. 1 agnati. &c de quo infr. p. 2. diſp. 12. th. 4.*

Vbi amplius ait.] Ait quod etiam extraneus heres inveſtitura non comprehenſus, modo ſe in defuncti poſſeſſione fundet, hac actione feudum ab extraneo poſſeſſore petere poſſit. Hoc quidem ita tradit *Roſſenthal. c 7. concluſ. 11. num. 4.* & hanc communem eſſe doctrinam ſcribit Verum 1. hoc ſimpliciter affirmari non poteſt, quod hæc actio natura ſua non niſi contra eum datur, qui pro poſſeſſore vel herede poſſidet. Deinde magis eſt, vt totum hoc falſum ſit: quia cum non niſi heres hac actione experiatur, feudum reſpectu extranei heredis, ab hereditate plane eſt ſeparatum. Neque apparet quid ad rem poſſit facere poſſeſſio defuncti: vel quia in heredem ea non tranſit, vel quia petitio hereditatis nullo plane modo fundari poteſt in poſſeſſione defuncti, ſed in iure, quod vel ex teſtamento, vel ex lege heres habet: & cum igitur ex neutro heres extraneus in feudo ius habeat, non poterit etiam pro feudo conſequendo hac actione experiri.

LIT. C.

Cur ſeruitutes in petitionem hereditatis non veniant, duplicem rationem reddit Treut. tum quod aliæ ſint actiones, tum quod nihil hic reſtitui poſſit. Verum prior non concludit, quod etiam pro aliis reb & maxime contra eos, qui titulo nullo poſſidẽt, propriæ & ſingulares ſunt actiones: & ICtus *in l. 19.* tantum poſteriori ratione vtitur. Videndum autem, an non hæc ratio addi poſſit, quod ſervitus ſeorſim à fundo non videatur teneri poſſe pro hærede: quoniã, qui verbi cauſa heredem tantum ire agere prohibet, fundum ſuum liberum eſſe tantum contẽdit: & ſeruitutes nihil aliud ſunt reſpectu fundi ſervientis, niſi quædam privationes. Poteſt autem hæc ratio ita coniungi cum ratione IC *in d. l. 19. §. vlt.* quod connexæ quæſtiones ſunt, an res in reſtitutionem ex cauſa huius actioni veniant & an rei alicuius nomine hæc actio inſtitui poſſit.

THESIS. XIX.

LIT. A.

Neceſſarias deducat.] Explicandũ erat, quid intelligeret per deducere, an etiam actionem cõcedat. quod magis videtur, *arg quod lit* D. tradit, & vtrobique allegat. *l. 5. C. de rei vind.* ex qua ꝗ etiam malæ fidei poſſeſſori pro neceſſariis impenſis actio detur probari videtur. Quo admiſſo, male hac lit. A. adducitur *l. 48. de rei vind.* quæ neque de neceſſariis impenſis, neque de actione, neque de malæ fidei poſſeſſore tractat.

Vbi verba illa] Pertinent ad explicationẽ *l 48. de rei vind.* & quidẽ horũ verborũ, *exceptione doli poſita per officium iudicis.* Et probãda videtur cõtra Tr, Curacij ſententia, ꝗ formula illa loquendi nõ conveniat veræ rationi iuris, quia tũc officiũ iudicis neceſſariũ erat, vbi exceptio erat omiſſa, nec formulæ inſerta, velut incerta fidei iudiciis, quibus de ea ipſa exceptio doli & aliæ id genus ineſſe dicebantur. Et ipſe Ant Fab quẽ Tr. hic pro ſe citat, mutata poſtea ſentẽtia, verba, *per officiũ iudicis*, ab imperito interprete adiecta ait *dec. 26. err 10.* ꝗ tamẽ minus probo, ꝗ ita ſequeretur neceſſariũ eſſe exceptionẽ inſeri, neque

neq; alias officio iudicis locū eſſe: quod expreſsè falſum eſt, *per text. in l. 38 & vlt h. t.* Ideoque videri poſſit, inſerta particula disiunctiua, legendum eſſe, *exceptione doli poſita ſiue per officium iudicis*, quod nihil prohibebat, exceptionem quæ actioni ineſt, expreſsè etiam formulæ adſcribi. Neque obſtat, quod rei vindicatio non ſit ex actionibus bonæ fidei, quibus exceptio doli ineſſe dicitur: quia exiſtimari poteſt, eandem hac in re naturam fuiſſe actionum arbitrariarū, quæ præſertim ratione præſtationum perſonalium, fructuum & impenſarum ad naturam bonę fidei actionum accedunt: ſecūdum quod recte *Cuiac. 10 obſ.* tantum facere, arbitrium, quantum bona fides. Poſſit tamen & vulgata lectio defendi, ſi exceptionis oppoſitio ſiue poſitio pro ſimplici eius allegatione in iudicio poſt litem conteſtatam accipiatur: quia vtique iudex etiam ex officio exceptionis non niſi allegatæ rationē habere poteſt.

LIT. B.

Vtiles & Voluptuarias.] Hic illud notandum occurrit, quod eandem rationem facit malæ & bonæ fidei poſſeſſoris circa voluptuarias impenſas, diuerſam autem circa vtiles: cum tamen potius contrario modo eadem circa vtiles, diuerſa circa voluptuarias malæ & bonæ fidei poſſeſſoris ratio ſtatui debeat: quod optime probat *l. 38. h. t. & l. 39. §. 1. eod.* quod ſcil. malæ fidei poſſeſſor etiam vtiles impenſas deducat hac ſaltem differentia, quod bonæ fidei poſſeſſor indiſtincte, malæ fidei autem dum demum, ſi res extet, & melior facta ſit *d l. 38. inſ.*

In ædificijs feudalibus etiam.] Communi iure feudali meliorationes pro allodialibus habentur, ſiue feudum domino, ſiue ſucceſſori feudali deferatur, per not. à *Hart. Piſtor 2. quæſt. 42. & Schrad part. 3. partis ſecundæ principal ſectio. 2. & part. 7. cap. 3. num. 7.* Contrarium creditur vulgo deciſum iure Saxonico, ita vt meliorationes ædificia ipſa feudalia cenſeantur, & vel domino vel hæredi feudali cedant, Landrecht / *artic. 21. lib. 2.* quæ differentia traditur etiam *à Zoëſ. par. 3 diſſ. 29. Fach. diſſ. 36. Reinhard part. 3. diſſ. 3. diſſ. 23. conſtit. Elect. Auguſt. 31. part 1.* Cæterum *Treu. poſt Coler part. 2 cap. 3. num. 307*, corruptum putat textum *dict. artic. 21.* & ſubintelligendum, quod vaſallus ſine herede deceſſerit, itaque bona fuerint vacantia Verum nihil ibi in textu hiulcum, neque veroſimile eſt de caſu rariſſimo in illo articulo tractari. Ideoque ſententiam communē probo, quæ confirmatur *ex dict. art. 21. circa fin.* hat auch ein Mann einen Sohn / der ſein Lehenserbe iſt nach Lehenrecht / er behelt ſeines Vatters Gebäwde auff ſeinen Lehen / mit mehrern Rechten / dann der ſein Erb iſt nach Landrecht. Cum tamen iure feudali communi in meliorationibus quicunque hæredes ſuccedant, & illæ vtique alijs hæredibus ſint conferendæ, *Schrad. d part. 7 cap. 3 n. 7.* Etſi igitur ædificia cenſeantur feudalia, vt ſequantur hæredem feudalem, etiam poterunt feudalia cenſeri, vt aperto feudo domino debeatur: quod ſc. *dict art. 21.* perſpicuis verbis docet, Wird es ſich ledig ſeinem Herren / er nimbt das Gebäw ſampt den Lehen. Neque obſtat *textus lib. 1. art. 53* quia loquitur de cōductore, qui ius tempore habet, & in ſolo plane alieno ædificat, Was ein Mann bawet auff frembdem Gut da er Zinß von gibt / vaſallus autem vtile habet dominium & ius perpetuum, adeoque eo animo meliorationes, vt ipſæ quoque feudales ſint, facere intelligitur. Non obſtat etiam *glo. ad d. art. 21.* quia loquitur itidem de cōductore vō dem Zinßman / qualem etiam poſſe eſſe vaſallum vnd ein Rittersmann docet gloſſa ſequens, quæ ipſa explicat præcedentem, his verbis: das Gebäwde ſo dar auff iſt / erben ſie auff ihre Leibserben / doch allein / das der Grund nicht Lehen ſey / ꝛc.

LIT. C.

Exceptione doli nunquam vtatur.] Falſa hæc ſententia eſt *per d l. 38 in princ. h t.* his verbis, *& id ipſum officio iudicis continebitur, nā nec exceptio doli mali deſideratur.* Hoc enim verbum, *deſideratur*, manifeſte oſtendit, quod exceptioni doli ſit locus, Et nimirum hic eius loci eſt ſenſus, quod exceptionem doli mali formulæ adijcere neceſſum non ſit, ſed ex ipſa actioni inſit, & æquitate iudicij contineatur, ita vt eius etiam poſt litem conteſtatam in iudicio allegatæ, iudex pedaneus rationem habere debeat & poſſit. Et in hoc manifeſto ignorantia iuris veteris, quod ipſe alias vſque ad ſuperſtitionem inculcat, labitur *A Fab decad 16. err. 8.* vbi tantum hactenus malæ fidei poſſeſſoris, quoad impenſas vtiles rationem haberi ait, vt eas tollere poſſit. Et valde ſuauis & facetus eſt dum ſcribit in hoc mire prudentem fuiſſe Paulum, qui *in d l 38* dicere generaliter in vtriuſque perſona haberi rationem expenſarum, & modum ex alijs legibus explicandum nobis reliquerit: quaſi verò Paulus non expreſſe ſcribat, quod etiam citra exceptionem doli malæ fidei poſſeſſori ſuccurratur, exceptionem videlicet formulę inſertam adeoque omnino, quod alias exceptio præſtat hoc officiū iudicis in hac actione præſtare ſignificet: & quaſi

Digitized by Google

& quaſi Paulus illud ſcribens ad alios Textus vel autorũ loca aut reſpexerit, aut reſpicere potuerit. Ex quibus patet, parum etiam ſubtilem eſſe explicationem *Gædd. in l. 79. in pr. d. V. S.* quod exceptio doli vel detur ſola, vel coniuncta cum officio iudicis quod iniquum ſit, alterum cum alterius iactura locupletari. Neque abſurdum haberi debet, ſi hac in re eadem ſit ratio bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſoris: quoniam impenſæ hæ rem faciunt meliorem qua de cauſa etiam tũ demum prædoni exceptio datur, vbi res extat: & ita ſcil. conſideratione impenſæ vtiles & neceſſariæ non craſſius, vt male loquitur *Gædd. d. loc. n. 5* ſed recte *d. l. 38 & 39 in pr. h.* coniunguntur. Plane non diſſimulo; Treutl. opinionem quod malæ fidei poſſeſſor non vtatur exceptione doli, probari *à Cyn. Salic. & Caſt. & alijs Dd in l. 5. C. de rei vind.* Lit. D.

Neceſſarias per actionem] Inſubtiliter dicitur à Treu *poſt Gædd. d. loc. num. 7.* quod expenſæ deducantur per actionem: quia non actor, ſed reus conuentus exceptione & compenſatione oppoſita deducere dicitur, *a. g. d. l. 38. in fin.* Addendum autem hic erat verbum, *etiam*, quod ſcilicet bonæ fidei poſſeſſor etiam remedio actionis impenſis conſequatur: de ipſo tamen non leuis eſt dubitatio: ſiquidem *in l. 14. de dol. excep. l. 33. in fin. d. condict. indeb. l. 14. §. 1. comm. diuid.* præciſè etiam bonæ fidei poſſeſſori amiſſa poſſeſſione actio negatur: quæ ſententia eſt etiam *Donell. 20. comment. 27. A. Fab. decad. 20 err. 9.* vbi prolixe ad contrariaireſpondet, nulla tamen facta mentione *l. 5. C. de rei vind* quæ expreſſius actionem cõcedere videtur; quam *Donell. d. loc. de except.* explicat quoniam etiam per hanc generalius loquendo repetere dici poſſumus: & cum ibi agatur etiam de iure tollendi impenſas, tanto facilius ad caſum poſſidentis ſpecies illa referri poterit, maxime cum ibi tractetur de malæ fidei poſſeſſore, cui difficile eſt, vt remedio actionis ſubueniatur: & video à *Caſtr. & alijs d. l. 5 expreſſè* ita explicari, vt non actio ſed retentio tantum malæ fidei poſſeſſori detur, quomodo quidem *d. l. 5. à Salic. ibid. in prin.* ſumatur. Æquitas quidẽ hic pro faciente impenſas neceſſarias militare videtur, ſed ratio iuris actionem negat, cum impenſæ nõ alieno, ſed proprio nomine factæ ſint: qua de cauſa fruſtra *Gædd. in d. l. 79* adducit Textus *in l. 8. in princ. d. pignorat. act. l. in rebus §. 2. commodati leg. 7. §. fin. ſolut. matrim.* quibus locis de impenſis ex cauſa contractus in rem alienam factis tractatur. Neque ſatis commode textus ſupra citati ad ius ſtrictum referri poſſint: quod præſertim condictio indebiti, quæ ex æquitate ſiue bono & æquo eſſe dicitur *l. 66. de condict. indebiti* hic negatur *l. 33. in fin. d. condict. indebit.* neque nobis integrum eſt, præter leges inducere æquitatem. Illud forte tentari poſſit cum *Cuiac. 10. obſeru. 4. & Hotom. ad d. l. C. d. condict. indeb.* ſi quis omiſſa exceptione per errorem rem reſtituerit, dandam ei condictionem incerti ad poſſeſſionem adipiſcendam, cuius retentione poſtea impenſas ſeruare poſſit: Attamen cum poſſeſſione ſua etiam citra vllam eam reſtitutionem quis cadere poſſit, ne ſic quidem omnibus qui impenſas fecerunt conſulueris: & vereor ne illud de actione incerti commentitium ſit: vel quia *in l. 5. §. 1 de condict. indeb.* quæ pro fundamento illius ſententiæ adducitur, non agitur de poſſeſſione ad effectum temporalis retentionis condicenda: vel quia difficile eſt *l. 33. d. condict. indeb.* reſtringere ad condictionem certi, vel denique quoniam hoc admiſſo, eges, quæ ſimpliciter actionem negant, verbis eſſent poſitæ non rebus.

Vtiles per officium iudicis] Videtur Treut exiſtimare, quod nomine impenſarum vtilium non competat exceptio, ſed officium iudicis: velut etiam *Gædd. in l. 79 d. V. S.* ita exceptionem & implorationem officijs iudicis opponit; *poſt Gloſſ. in l. 5. Cod. de rei vind.* Qui tamen, vt paulò ante notatum, ignorantia iuris veteris labuntur: ſiquidem officium illud iudicis intelligitur quod ſubſeruit naturæ actionis, cui exceptio doli ineſt, ſicut etiam bonæ fidei iudicijs, vt tanto magis in hac ſpecie impenſarum nomine, exceptio proponi potuerit. Neque dubito veram eſſe hanc propoſitionem: cuiuſcunque rei iudex ex officio ſuo rationem habere potuit, illud etiam & multo magis, in iure apud prætorem per modum exceptionis proponi potuiſſe: non autem ex conuerſo, quod apud prætorem proponi potuit, eius omiſſi, iudex habere potuit rationem. Et videtur Tr. cum alijs non ſatis aduertiſſe ad diſtinctionem officij iudicis nobilis & mercenarij, de quo loquitur *ICtus in l. 48. de rei vind. & in l. 38. & vlt. h. t.* Lit. E.

Voluptuarias item tollat] Bonæ fidei poſſeſſori tantum tribuit ius tollendi impenſas voluptuarias. Quod eſt contra expreſſum textum *in l. 39. § h. t.* vbi perſpicue malæ fidei & bonæ fidei poſſeſſores ita inter ſe opponuntur, vt illi tantum tollendi, huic etiam exceptione poſita voluptuarias impenſas deducẽdi poteſtas fiat Neq;

 ferri

reueta nullo modo ſuccedat, ſed bonorum tantum licet omnium conſequatur uſum ſtuctum: ac proinde necrectè à Treut. ſingularis vſusfructuatius appelletur.

LIT. C.

Sed eam partem totam.] Probatur hoc ſatis bene ex *l. mater. 19 de inoffic teſt.* cui objicitur *l. 15. § deleg at praeſt.* Sed nimirum in hac agitur de nuda prætoris tuitione; *in l. 19.* de iure filii ab inteſtato: cum *in l. 15.* filius iuri teſtamenti niti pergat. Sed & maior eſt effectus querelæ, qua res plane reducitur ad cauſam inteſtati, & teſtamentum tanquam à furioſo factum reſcinditur, quam bonorum poſſeſſionis contra tabulas, qua petita & legata quædam, & ſubſtitutiones pupillares conſervantur. Sed & dici poteſt intereſſe, an inſtitutus velit vti beneficio alterius, qui querela expertus eſt, vel petijt bonorum poſſeſſionem, an non velit vti. In ſpeciè *d l. 15 §. 1.* proponitur filius ex inſtitutione manens hæres, quod ſecus eſt in ſpecie *l. 19. de inoff teſt.* idque ex ratione ſubiecta appatet, dum dicitur, filiam, quæ teſtamentum valere putavit, non propterea videri repudiaſſe legitimam hereditatem.

THESIS X.

Quod hic proponitur, dupliciter notari poteſt 1. Quod non ſpeciale huic actioni, ſed commune eſt. 2. Quod hoc non tam in favorem petentium ſtatutum videtur, quam potius rei, ne duplici condemnatione afficiatur *per l. 57 de rei vind iuncta l pen h tit.* Illud autem hic quæritur, quare neceſſum ſit, priorem victorem cavere reo, cum ex regula iuris, qui ſine culpa poſt litē conteſtatam poſſidere deſiit, ſit abſolvendus *l. 27. §. de rei vind.* neque vero vlla culpa imputari poteſt ei, qui iuſſu iudicis iuxta ſententiam rem reſtituit. Videri poſſit ſpeciale eſſe in hoc genere amiſſionis, & in hoc caſu, vbi plures contra eandem litem moveunt, ſiquidem per ſententiam prius latam, alteri ius ſuum quod pariter in iudicium deduxit, auferri non debeat, cum res litem conteſtando cum vtroque pariter contraxiſſe videatur. Sed obſtat quod traditur *in l 58. in fin. de rei vind* cum qui ſervum ex cauſa actionis noxalis tradidit, nō debere damnari ex cauſa actionis in rem, quoniam nihil dolo vel culpa fecerit. Video ſane differentiam inter actiones perſonales & reales: quæ nimirū ſi à diverſis moveantur, intereſt ex qua prius reus condemnetur. Si prior reali, opus eſt cautione, quoniam in perſonali non quæritur, an quis poſſidere deſierit necne: ſin prior perſonali, cautione opus non videtur, quod in reali non condemnetur, qui ſine culpa poſſidere deſiit, etiamſi litis conteſtatæ tempore poſſederit *d. l. 27. §. 1 de rei vind.* Verum reſiſtit *d. l. 57. de rei vind.* quæ etiam in caſu, vbi à diverſis actio realis mota eſt, cautionis neceſſitatem requirit, quod & traditur *in d l. pen. de petit hered.* Dici poteſt, imò hic quoque cautione opus, quod poſteriori cōtra priorem victorem, & forte ſententia iudicis dominiū pronuntiatum regreſſus non detur, cum res iudicata pro veritate habeatur: quæ ratio ceſſat, vbi alio modo & ex alia cauſa poſſeſſio ad aliū pervenit, contra quem liber eſt ingreſſus petitori. Sed iterum refragatur *d l. pen. h. t* vbi traditur, & quidem in ſpecie actionis realis, quod poſteriori cauſa ſit ſalva contra priorē: quo quidem admiſſo nihil videtur neceſſarium, vt ab eo qui primus obtinuit, cautio poſſeſſori præſtetur. Ferè eſt vt exiſtimem, verſiculum poſtremum *d l. pen melius eſt &c.* eſſe à Tribon. cui frequens eſt eiuſmodi clauſulis reſponſa ICtorum quaſi emendate.

Si plures experiantur] Infert hinc Tr. ad tertium intervenientē: haud ſcio an ſatis bene, quod diſputatio *ex d l 57. de rei vind. & l pen. h. t* ad eū caſum pertinere videatur, quo apud diverſos iudices diverſæ actiones inſtitutæ fuerunt: etenim ſi apud vnum iudicem duo agant, non videtur niſi vtriuſq; cauſa expedita, ad executionē eſſe procedendum *arg l. 1. §. vlt quaſ ſent. ſine appel. &c.*

THESIS XI.

LIT. A.

Dummodo illa pars ſit quota hæreditatis] Parum ſubtilis videtur hæc limitatio cum in th. proponat actionem hanc non dari, niſi ei qui ſit hæres: quoniam nemo ex parte hæres eſſe poteſt, niſi partem habeat hæreditatis, adeo quidē vt contradictorium ſit, hæredem eſſe & non habere partem hæreditatis. Neque obſtat inſtitutus in re certa, qui ſiquidem cohæredem habet, re vera legatarius, ſin minus detracta mentione rei certæ verus hæres eſt *l 13. C. de hæred inſtitut. l. 3. §. 4. l. 5. §. 1 l. 10 ff eod*

Quia relicta ei eſt pars bonorum.] Dubito an recte legatarius dicatur habere partem vel quotā bonorum: quia hæc denotat partem vniverſi, legatarius autem tantum habet rem ſingularem: neque enim cū ſimpliciter loquatur, accipi poteſt de eo, cui pars bonorum legata eſt, de quo *in l 8. de legat. 2.* Cæteroquin videtur dati poſſe quidam legatarius, cui detur petitio hæreditatis, nimirum, qui pars hæreditatis legata eſt, quod

ſc. hic

Digitized by Google

ſc. hic onera hæreditaria ſuſtinet *iuxta l. 8. §. vlt. vbi, id notat. Bart. de legat. 2.*

Filio pro legitima hanc actionem dari] Fortasſis hoc non recte ſimpliciter affirmatur, & omnino diſtinctione & explicatione eget. Et quidē iure veteri filius exhæredatus legitimam ſibi relictā particulari titulo hac actione petere non poterat: quod idem exiſtimo iure novo, ſi filius nominetenus inſtitutus, & rebus certis contentus eſſe iuſſus ſit, iuxta notata diſp. præc. Cæterum ſi in ipſa legitima, quæ recte de quota hæreditatis explicatur, vel etiam in minore parte heres inſtitutus ſit, recte hac actione aut partem illā, aut pro maiori parte hæredē ſe declarari petet.

LIT. B.

Ait hic totam hæreditatem vindicari etiamſi alter rem minimam poſſideat. Mihi hic diſtinguendum eſſe videtur, ꝙ aut adverſarius poſſidet pro hærede, eoque controverſiam hæreditatis ipſi movet: & hoc caſu licet poſſeſſor rem minimam teneat, jus totum vindicandum erit, ſiquidem etiam qui vnam rem tenet, pro hærede ſe gerere, & vniverſitatem ſibi vindicare poteſt: eoque referri poteſt. quod dicitur *in l. 1. § 1. ſi pars hære. l. &c.* petitoris actionem æſtimari ex jure ipſius, non ex eo quod poſſeſſor occupavit: licet ex hoc loco & illud probetur, quod etiam contra eum, qui pro parte ſe heredem gerit, hæreditas in ſolidum vindicari poſſit. Et hinc rectior ratio deſumi poteſt, cur hæc actio detur contra poſſidentem rem minimam, quam ex eo quod Treut ait, rem minimam in ordinariis curari. Quod ſi autem hæc actio intentetur contra eum, qui ſimpliciter pro poſſeſſore & titulo invalido rem hæreditariam tenet, non putarim neceſſum eſſe totam hæreditatē vindicare, ſed ſimpliciter ex cauſa hæreditatis ad reſtitutionē cōcludi poſſe: & hoc caſu Tr. ratio locū poterit invenire: etenim dubiū non eſt quin etiam rem meā licet minimā perſequi & vindicare poſſim.

LIT. C.

Vnde eſt ſi quis hæreditatem.] Ait Treut. ſi quis hæreditatē in ſolidum petat, & reus excipiat, ꝙ extent alij cohæredes, reum ab inſtantia eſſe abſolvendum. Sed videri poſſit hæc nullius momenti exceptio, *quod extent alij cohæredes*, quod potior cauſa debeat eſſe etiam partialis hęredis, quam iniuſti plane poſſeſſoris: hanc enim non pro hærede, ſed pro poſſeſſore, adeoque vt prædonem poſſidere, ex hac ipſa excipiendi ratione apparet: neque adeo intereſſe poſſit eius, cū ipſe nullum ius prætendet, cui fruſtra replicat Teſſaurus, intereſſe ipſius, ſi postea à cæteris cohæredibus conveniatur: vel quia conveniri nō poterit, cum ſine culpa amiſerit poſſeſſionem: vel quia remedio cautionis hic ſuccurri poteſt *arg. l. 57. de rei vind. & l. pen. h. t.* Verum hoc modo fortasſis excipi poterit, *quod hæres in ſolidum non ſit.* Quo facto aut porro contendet actor, & petet in ſolidum ſe declarari hæredem, aut errorē & petitionem mutabit & corriget. Illo demum caſu, locus erit ſententiæ Treut. quoniam probata cohæredum pluralitate, in ſolidum condemnatio fieri non poteſt: hoc autem caſu recte pars adiudicabitur actori, etiam citra novum proceſſum & litis conteſtationem, arg. eorum quæ tradunt *Cyn. Salic. & Dd. vulgo in l. vn. C. de lit. conteſt. in fin.* quod qui litem conteſtati ſunt ſuper toto, etiā ſuper parte conteſtati intelligantur.

THESIS XI.

LIT. C.

Prædo & is qui deiecit.] Non ſatis bene hi duo tanquam diverſę ſpecies proponi videntur, cum hic ſub illo tanquam ſpecies ſub genere contineatur.

Quid ſi titulo ſingulari & bona fide.] Negat ſimpliciter contra hanc actionē: quod fortasſis non ſatis convenit cum th. 4. lit. D. vbi ſequutus Iaſon. petitionem hæreditatis ſimpliciter concedit contra eum, qui cauſam habet ab hærede, ſi venditor vel abſit, vel modico pretio hæreditas vendita ſit, quibus caſibus emptor vtique bonam fidem habere poteſt. Sed ſc. Tr. confundere videtur poſſeſſorem rei ſingularis, cum poſſeſſore titulo ſingulari: contra illum non datur hæc actio, etiamſi ſit in mala fide, ſed datur contra hunc, etiam ſi bonam fidem habeat. Peccatum autem eſt in leges methodi, quod eadem quæſtio duobus locis tractatur.

Quod probat Bart. ex l. 2. C. h. t. in fin.] De explicatione huius l. diximus ſupra ad th. 4. ſecundū quam male *d. l. 2. in fin.* de rei vindicatione ſpeciali accipitur: & nimirum in ſpecie *d. l.* proponitur petitio hæreditatis ratione obiecti, & illa ipſa, quæ conceditur *in l. 13. §. 4. & 8. h. tit.* ne pluribus & ſingularibus iudiciis ſit agendū. Et quod *in d. l. 2. in fin* dicitur, emptorem rerum ſingularum iure conveniri minime probat, inſtitutam ibi rei vindicationem, ſed contrariam potius eſſe eam petitionem hæreditatis, ſed quæ circa præſtationem fructuum vindicationis ſingularis naturam imitetur, quod ſc. vt ib. dicitur, reus proprio poſſeſſionis titulo munitus eſt, vt explicatum *d. th. 4.*

Digitized by Google

guendum inter actum iure inualidum & improbatum, ex quo nec ipſe agẽs cum obligetur, nec ex eo obligatio in hæredes tranſmitti, eoque iure tale factum ab hæredibus impugnari poteſt, vt docet *Bald in l. 2. C. de inoff. donat.* & in terminis *Rich. de vnion prol. cap. 7 n. 77.* (vbi *à num. 66.* per multos ſequentes prolixe quæſtionem illam, an & quatenus hæres contra factum defuncti venire poſsit, tractat:) & inter actum validum, ex quo agens obligatur: idque videtur innuere Tr. dum proponit factum iuri conſentaneum: quæ verba alias ambiguam habent ſignificationem, cum rem alterius alienare, ſuo modo minime iuri conueniat. Quod autem præcedit, *ita vt de euictione non teneretur, &c.* aut ego non capio, aut falſum eſſe oportet, qui neceſſum eſt v. c. defunctum, qui vendidit rem alienam, obligatum fuiſſe de euictione, vt hæres rem vindicans conueniri vel exceptione repelli poſsit *ex l. Seia 73. in fin. de euict.* ſicut ex aduerſo poſito caſu, quo defunctus de euictione obligatus non fuiſſet, vel quia rem donaſſet, vel quia ita expreſsè pactus eſſet, hæredi rem vindicanti exceptio obſtare non poſſet: quem caſum in terminis tradit *Bart. in l. vltim. § in computatione, 9. Cod. de iur. deliberand. n. 6. v. contra.* Lit. E.

Ampliat præcedentem propoſitionem Tr. vt etiam filius qui tantum legitimam conſecutus eſt, vindicando rem à patre alienam, exceptione, pro rata ſcilicet, repelli poſsit Quam ſententiam vix admittẽdam puto: quo ita nullo negotio legitimæ fraus fieri, & leges præſertim Iuſtiniani, quę legitimam omnimodo & ſine vlla diminutione ex bonis ipſius patris filio deberi volunt, facile eluderetur. Ideoque, filium, vt maxime ſummo iure, exceptione repelli poſsit, replicatione, vel ſi poſsideat, aduerſus actionem de euictione exceptione defendendum exiſtimauerim. Neq; deeſt quod reſpondeatur *ad l. 14. C. de rei vind.* vel quod magis patris quã matris hæreditas liberis debetur, quibus etiam illa, SCto demum delata fuit: vel quia à Iuſtin. legitimæ iura ſunt adaucta: vel quia *in d. l. 14.* filius ſimpliciter proponitur: hæres ex patre, in qua amplius legitima fuiſſe intelligendum eſt: vel denique quia *in d. l.* filius conſideratur tantum qua hæres: debet autem & poteſt etiam conſiderari qua filius, cui portio illa ab ipſa natura, imo vt Iuſtin. loqui ſolet, tanquam æs alienum debetur. Neq; obſtat ratio Doctorum relata a Bart *dicto loco, & Iaſ ibid n. 10.* quod per debita hæreditatia legitimam minui, ideo non ante deberi, niſi computato & detracto ære alieno, conſtat. Etenim hoc locum habet: vbi pater ſuper rebus ſuis propriiſque contraxit, non vero vbi contra bonam fidẽ res filij alienauit Et hanc ſententiã, aut ratione ante dicta, quod alijs filius in effectu legitimam non haberet, probat *gl. in d. §. 9 l. vlt. C de iur. delib* qui Iaſon *ibi n. 10* male appellat falſam, (quin falſa potius gloſſ. contraria *in d. l. 14. C. de rei vind.* male eandem Bart. (non recte à Treutl. citatus) ad caſum, quo pater de euictione non tenetur reſtringit.

THESIS XIV.

Quæſtio hic proponitur ab hoc loco aliena ad materiam interdictorum pertinens, & quæ ſane ſeparatam & ſingularem theſin non merebatur Sententia autem negans, quod occupata poſſeſsione rei hæreditariæ, dum videlicet adhuc hæreditas iacet, (quoniam in caſu iam aditæ hæreditatis, licet nondum apprehenſa poſſeſsione, paucis exceptis, cæteri Dd. omnes affirmant) non ſit locus diſpoſitioni legis vlt. videtur eſſe communis, quam probat Cyn. *in d. l. vlt num. 7. Salic. ibid. num. 3. in 7 quæſt* quod videlicet *d. l. vlt.* loquitur de caſu, vbi res vacans alterius occupata fuit, res autem hæreditaria nullius eſt in bonis *l. 1. §. 1. de rer. diuiſ.* Verum non videtur ad mentem Iuſtiniani, vt verba captentur: & conſtitutionis ratio præcipua in ea eſt, quod occupatur res, quam quis ſcit non eſſe ſuam: & cum paſsim hæreditas defuncta perſonam repræſentare dicatur, etiam quoad hunc effectum poterit: maxime ſi conſideremus ius proximum hæredis futuri & euentum aditæ hæreditatis, quo facto, retro adita hæreditas fuiſſe, fingitur *l. 138. & 139. de reg. iur.* Neque mouet quod Bart. hic reſpondet, fieri hoc per fictionem, quam negat ſatis eſſe ad inducendum illud remedium. Etenim fictio tantum operatur quantum veritas, & quod præcipue locum huic remedio facit, eſt ex altera parte vera rei alienæ occupatio: neque ex eo, quod hæreditas nondum adita eſt, conditio inuaſoris melior fieri debet. Ratio autem Treutl. quod in poſſeſsione multum ſit vtilitatis, longius petita videtur: quia non ſufficit, actorem commodum ſuum prætendere, vt alias requiſita, & qualitates cuiuſque actionis ſeu remedij adſint.

THESIS XV.

LIT. A.

Contra debitores hæreditarios.] Hanc differentiam inter actionem hanc, & interdictum quorum bonorum, quod contra debitores ha

Digitized by Google

tarios non detur *l.2.quor.bonor* notat *Gloſſ.in l.13. §.vlt.n 1.& in d.l.2. & ibid. Barr.* multas eſſe differentias ait inter hæc duo remedia, quorum nō paucas recenſet Schneid. *in § ſequens diuiſio Inſt. de interdict.n.38.* Et notat.*cit.loc Bart.* quod interdicta vtilite: quidem etiam dentur pro iuribus realibus, non autem contra eum, qui perſonaliter tantum eſt obligatus: ſiquidem interdicta reſpiciant reſtitutionem poſſeſſionis, hac autē actione petit quiſq; ſe declarari hæredem adeoq; contra omnes experitur, qui controuerſiam hereditatis ipſi mouent, pro herede ſe gerendo: ſub qua conſideratione tantum contra debitores hereditarios datur vt recte notat Tr.*lit.B.ex l.ſi debitor, 42.h.t.*

LIT. C.

Vnde tamen non bene colligit Bart.] Non videtur adeo abſurda hæc ſententia, quam ex eod. *Bart.in d.l.42.ibid* tradſit *Bald.& Caſtr* vt aliquo caſu litis conteſtatio fiat per reſponſionem dubitatiuam, vbi videlicet fundamentum intentionis tale eſt, vt de eo liquido conſtare reo non poſſit: veluti ſi tanquam hæres ab aliquo tanquam debitore hereditario, centum ex mutuo petat & hic ſoluturum ſe neget, quod an petitor hæres ſit nec ne, ignoret, & ita dubitando actoris intentionem inficietur, non dubitatiuam, ex ratione iuris deſuper iudicem & formulam, ſi patet eum hæredem eſſe, dari potuiſſe: Cæteroquin in ijs, quæ ignorare reus non poteſt, talis reſponſio non admittetur. Poſsit tamen reus dubitans, ſalua conſcientia reſpondere, per verba vulgo recepta: *non credit.*

Illud verum eſt.] Immiſcet hic quæſtionem ab iſto loco alieniſsimam de litis conteſtatione: neque ſatis apparet, an hac in re Gæd. an vulgatam ſententiam ſequatur. Vtique qui cum Gædd affirmatiue litis conteſtationem fieri dixerit, nonniſi inepta & contradictorie negationem & affirmationem partes eius ſtatuerit. Cæterum iuxta vulgatam ſententiam, non abſurde imo recte ſtatuerit, quo affirmatio & negatio ſint partes litis conteſtationis ex *l rem non nouam 14.§.1.C.de iudic.* vbi litis conteſtatio dicitur fieri per narrationem actoris & contradictionem rei. Verum de hac re fuſius egimus, & ſententiam noſtram expoſuimus *diſp.12.th.2.*

LIT. D.

Vt petitoris ſit electio.] Videri poſsit ad alterutrum, non recte agi, vbi re iam alienata reſtituendi facultas non eſt. Sed intelligendum eſt, vel rem à poſſeſſore iterum eſſe redemptam iuxta *l.22 h.t.* vel vt contra reſtituere non valentem in litem iuretur *arg.l.20 §. vlt. h.tit.* Enim verò propter factum illud doloſum non mutabitur natura actionis, & nihilominus res ipſæ in hoc iudicium venient, ita vt iuxta naturam aliarum arbitrariarum actionum interueniat iuſſum iudicis de reſtituendo, cui ſi non pareatur, ſiue quod reus contumaciter nolit, ſiue quod propter factum ſuum & alienationem doloſam non poſsit, contra eum in litem iuretur: quia ſufficit per rerum naturam rem præſtari poſſe vel potuiſſe. *d.l.20.§.vlt.& l.33.h.t.*

Quid ſi res non poſſit recuperari.] Ait iurare in litem, ſi res recuperari non poſsit, ſi vero res non extet, teneri ad verum pretium. Quæ oppoſitio 1. recta non eſt. quoniam & quod nō extat, recuperari non poteſt. 2. Vt maxime in ſpecie accipias, *non extare*, pro, *non eſſe in rerum natura*, non videtur ſufficiens ratio, quominus etiam hoc caſu in litem iurari poſsit, ſi non extantiæ cauſa ſit dolus poſſeſſoris, qui iuramentum huic locum facit *l.1.de in lit. iurand.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Contra eum qui dolo deſijt poſſidere.] Rationem inquirit Tr. quare petitio hereditatis contra hunc etiam directa ſit, rei autem vindicatio ſingularis hoc caſu vtilis. Et ratio Tr à verbis SCti petita aliam rationē deſiderat: & fortaſsis hanc, quod hæc actio ſit vniuerſalis, & quæ non tam res ſingulas: quam ipſum quodammodo ius, quod poſſeſſor ſibi aſſerit, perſequitur: ex quo etiam contra debitores hereditarios datur *l.42. h t.* Quod autem etiam contra poſsidentem titulo ſingulari inualido conceditur, iam ſupra ſpeciali ratione & fauore petitoris, cuius potior, quam eiuſmodi poſſeſſoris cauſa eſſe debet, diximus eſſe receptum.

LIT. B.

Non contra titulo poſſidentem] Odioſè reperitur, quod tractatum eſt *th.4.& 12.* Et eſt hic quoque fallacia homonymiæ in verbo *tituli* ſiquidem ipſe Treutl. titulum pro herede agnoſcit, tum hac ipſa lit. B. vbi ait, quod petens hereditatem alleget titulum ſuum, tum *th.ſeqq. lit. B* ſecundum quod actio hæc etiam dabitur contra titulo poſsidentem: quatenus videlicet titulus non ſumitur pro cauſa vſucapiendi, ſed pro iure, quod quis ex lege vel teſtamento in vniuerſitate habet, ex quo accidente additione dominium vniuerſitatis acquiritur.

Quia

Digitized by Google

Quia agens petitione hereditatis.] Reddit rationem Tr. cur hæc actio non detur contra titulo poſſidentem: quoniam allegan titulum, potior eſſe debeat illo, qui nihil niſi titulum allegat. Quæ ratio non ſatis videtur bona: quoniam ius illud agentis potentius eſt iure poſſeſſoris, & alias ex hoc fundamento nec rei vindicatio ſingularis contra titulo poſſidentem daretur. Quoniam tamen *Iaſ. in §. actionum inſt. de action. n. 218.* hanc rationem probat, & communiter receptã aſſerit, dici pro ea poſſit, hanc eſſe diuerſitatis rationem, quod in rei vindicatione incumbit actori difficilis probatio dominij, eoque probato omne ius poſſeſſoris euaneſcit: heres autẽ dominium quidem aliquod, ſed vniuerſale & aditione ſua quæſitum, probat, idque v. c. exhibitione teſtamenti facile præſtare poteſt: facit ꝙ titulus pro herede, collatus cum titulo poſſeſſoris, titulus verè non videtur. Quæ licet diſputari poſſit, verior tamen huius rei videtur ratio, quod ius, quo poſſeſſor ſingularis nititur, nihil habet, commune cum cauſa hereditatis, neq; per eius aſſertionem vlla petitori hereditatis controuerſia mouetur, vt proinde non petenda hic hereditas, ſed res ſpeciali in rem actione ſit vindicanda Hoc autem poſito, falſa erit ſententia, quam *th. 4.* Tr. ſequi videtur, & magis perſpicue *th. 13. lit. A.* etiam contra eum, qui titulo ſingulari mala fide, imo etiam putatiuo cum iure vſucapiendi poſſidet, dari hanc actionem: in quo ſane Treutl. hic *d. th. 13. lit. A.* ſibi contradicere videtur. Cæterum quod Treut *in fin. huius lit. Baldum pro diſſ* allegat, explicandum eſt ex *Iaſ. in d. §. actionum numer. 219* vbi refert ſententiam Bald. exiſtimantis, hanc actionem dari contra eum, qui demum poſt mortem defuncti licet titulo ſingulari cepit poſſidere: quod recte ibid. improbat Iaſ. & inde tamen apparet, quod Bald. a theſi qua dicitur non dari hanc actionem contra titulo poſſidentem, non ſimpliciter diſſentiat, vt de hoc cur hæc actio non detur contra tit. poſſidentem, prolixe Cyn *inl. cogi. 12. h. t n. 7 in 4. q & ibid. Dd. alios.* Illud obiter addendum patum commnam eſſe oppoſitionem lit A, & B. dari contra eum, qui dolo deſijt poſſidere, non vero contra titulo poſſidentem

LIT. C.

Niſi ſit in mala fide.] Vnicam tantum hic proponit exceptionem, cum tamen *th. 4. lit. C.* tres propoſuerit. Deinde iam ſupra oſtenſum eſt, etiam eum qui bona fide hereditatem emit hac actione conueniri, *ex l. 2. C h. t.* ex ratione *l. 13 §. 4. eod.* ne pluribus iudicijs ſit experiendum. Et hoc quoque ſæpe iam notata diſtinctio adhibẽda eſt inter eum, qui vniuerſitatem, & qui res ſingulares tenet: circa quod, vt colligamus quæ diſperſim & confuſim Treu. ita ſtatuendum eſt. Quod aut poſſeſſor nullum plane allegat titulũ, qui in ſpecie pro poſſeſſore dicitur poſſidere, & hac actione tenetur: aut allegat titulum & hũc vel vniuerſalem pro herede (hanc enim in hac materia titulum dici poſſe ſupra oſtenſum eſt) & itidem tenetur: vel ſingularem, & hunc vel in vniuerſitate, ſcil. hereditate vel parte eius & aliquibus caſibus petitione hæreditatis vtili, ratione obiecti ita appellata, conuenitur *l. 13. §. 4. h. t. & l. 2. C. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel prouenientem ex actu iure valido, & non tenetur hac actione, ſiue bona ſiue mala fide poſſideat: vel ex actu inualido & improbato, & tenetur tanquam pro poſſeſſore poſſidens *l. 13. §. 1. h. t.*

Qua lex cum ſit valde obſcura] Conſequentia hæc nulla eſt: Lex eſt valde obſcura, ergo non licet cum Bart. aſſerere, initio intentatam fuiſſe querelam, & poſtea actum petitione hereditatis Vtrique leges obſcuræ explicandæ ſunt, ſed quæ explicatio ex multis melior, ea amplectenda. Cæterum in eo conſentio cum Tr. explicationem illam Bart. quæ etiam eſt *Cyn. & aliorum Dd. ibid.* qui abſurde verbum *perinde*, explicat, per, *exinde*, eſſe vitioſam per notata ad *diſput. praced. th. 1.* vbi facilem & veram illius loci ſententiam propoſuimus.

LIT. D.

Hereditatem integram.] Imo idem eſt ſi empta ſit pars hereditatis *ex l. 2. C. h. t.* vix enim eſt, vt his verbis ſimpliciter poſſit intelligi vniuerſitas rei ſingulari oppoſita. Et in hoc tamẽ ſibi nõ conuenit *th. 4 lit. C. & th. 13. lit A* vbi etiam contra poſſeſſorem titulo ſingulari, etiam qui in cõditione vſucapiendi eſt, hanc actionem concedit. Nec in eo ſibi conſtat, dum *th. 12. lit. C. d. l. 2. C. h t. de rei vindic.* ſingulari, hic autem de petitione hereditatis interpretatur.

Sciens emit.] Adiectum hoc eſt propter mentionem malæ fidei lit. C. cæterum iam ſæpe dictum, etiam num qui bona fide hereditatem emit hac actione aliquando conueniri

At is pro poſſeſſore non poſſidet] Obiectionem hanc mouet cõtra illud quod dixerat, dari cõtra eum qui mala fide emit hæreditatem hanc actionẽ. Ea vero obiectio nulliꝰ momẽti videtur: vel qui iam ſupra *th. 4 lit. C.* hanc exceptionem

ipſe

ipſe tradidit: vel quia non ſequitur, non poſſidet pro poſſeſſore, ergo non tenetur hac actione: vel quia hoc caſu actio non directa, ſed vtilis conceditur ex ratione *l.13.§.h.t.* & quæ magis ratione obiecti petitio hæreditatis habeatur. Neque vero Treut. verbis ſeqq. *imo pro poſſeſſore poſſidet*, hanc obiectionem remouet, ſed occaſionem captat proponendi antinomiam, quæ eſt inter *l.13.§.8.h.t. & l.33.§. de vſura.* in quæſtione an qui ſciens rem alienam emit, poſſideat pro poſſeſſore: Et Treut. cum Cuiac. admittit antinomiam, & Vlpianus quoque *in d.l.13.§.8* ita loquitur, vt aliquos diuerſum ſenſiſſe non obſcure innuat: cæteroquin non difficilis horum locorũ conciliatio eſt, notata etiam ab Accurſ. *in d.l.13.* quod ſc. Vlpian. ibi phraſi iſta *pro poſſeſſore* vtatur iuxta ſubiectam materiam, ad eum effectum, vt huic actioni ſit locus, quo reſpectu pro poſſeſſore poſſidet, qui, vt ante dictũ aut nullum aut ex actu inualido prouenientem titulum allegare poteſt: & hoc ſenſu qui rem alienam licet ſciens dato pretio comparauit, pro poſſeſſore non poſſidet, quod alias etiam mala fides ſuperueniens efficere poſſet, vt quis pro poſſeſſore rem habere diceretur. Cæterum Iulian. *in d.l.33.§.1.* tractat de vſucapione: cuius intuitu titulus ad vſucapiendum inefficax, effectu conſiderato, vllius & inualidi tituli vices obtinere videtur. Atqui *in l.13.§.1.h.t.* titulus null' & inualidus omni modo & ratione vſucapiõis & petitionis hereditatis, pro poſſeſſore eſt. Illud obiter addendum, quod *in d.l.33. de vſucap.* pro herede, non vniuerſalem; ſed particularem titulum ſignificet, de quo *t.t.D.& C. pro hered.*

Vide eleganter Cuiac.] Nihil citato loco 18. ob 25. elegantiæ, neque enim elegantia eſt, pugnãtes autorum ſtatuere ſententias: quin & reliqua ibid. non elegantia, ſed in ſubtilia & Cuiacio indigna ſunt. Nam 1. ad confutandam regulã, qua mala fides dicitur eſſe ſcientia rei alienæ, exemplum profert eius, qui ab eo emit, quem putat eſſe procuratorẽ. quaſi vero non perinde ſit, fieri à domino & eius mandato *arg.§.qua ratione 43.de rer.diuiſ.l.6.§.4 de acquir.rer.dom.* Et ſi argutari velimus, etiam procurator, conductor, fructuarius, creditor, depoſitarius, cõmodatarius, precario tenens, citra vllam malam fidem ſcientiã rei alienæ habent: ſed nimirum quicunque rem priuato titulo acquiſitam ſibi tenens, ſcit eſſe alienam, in mala fide eſſe intelligitur. Illud vero Cuiacij ibid. falſum, quod eum qui pretio dato à non domino ſciens rem cõparauit, malæ fidei poſſeſſorem eſſe negat: (quem tamen vſucapere non poſſe cõſtat) deceptus *l.14.§.8.h.t.* vbi præſumitur in ſpecie iuxta ſubiectam materiam, pro eo qui proprie poſſidet pro poſſeſſore, id eſt, qui nullum poſſeſſionis ſuæ titulum allegare poteſt *l.11.§.1.h.t.* quo ſenſu qui rem etiam ſciens emit, & pretium numerauit, prædo non eſt: & tamen non idem plane eſt prædo & malæ fidei poſſeſſor.

THESIS XVII.

LIT. A.

Interdum hac actio] Ait hanc actionem interdum dari contra eos, qui nihil poſſident, veluti qui ſe liti offerunt. Atqui idem eſt in caſu *th. prec. lit. A* quia & qui dolo poſſidere deſijt, nihil poſſidet: neq; magis dolus quam oblatio pro poſſeſſione eſt: quo ſenſu dici poteſt nihil magnopere eſſe ſingulare, cũ offerens teneatur tanquã poſſeſſor, & cui contra ipſum credatur: quæ vera huius iuris ratio eſt, & cui locus non eſt, vbi actor ipſe initio reum nõ poſſidere ſcit, quia ſciẽtia excludit crudelitatem, & opinionẽ. Ex quibus colligitur rationes hic a Tr. allatas minus recte ſe habere: quia principalis ratio non eſt, ne dolus ſit impunitus, ſed quia ſe offerens pro poſſeſſore eſt, & ratio Tr eo facit tantum, vt poſt litem conteſtatam fruſtra ſit allegaturus reus ſeſe non poſſidere, quia non debet impunè eſſe ei, qui mendacio petitorem à ſe auertit. Sicut nec illa ratio de ignorante actore, bona, in verbis, *alias enim deficeret*, &c. quia ignorantia pro fundamento eſſe non poteſt. LIT. B.

Proponit hic caſum de vero herede eius, qui falſo pro herede, vel pro poſſeſſore poſſedit: quam in fin lit. ait conueniri non ex ſua perſona, & tamen non tãquam ſucceſſorem. Quæ verba contradictionem quandam implicare videntur. Plane cum in textu allegato *l.13.§.3.h.t.* proponatur ignoraſſe, quod defunctus pro herede poſſederit, magis ex illius perſona conueniri intelligitur, quod propter mutatam perſonam nõ debeat deterior fieri conditio actoris quod & notat *Caſtr in d.l.13.§. Neratius.*

Sed male hic exemplum ponunt.] Quicquid etiam videatur Tr. caſus hic eſſe videtur, quo qui poſſidet titulo etiam ad vſucapiendum habili, hac actione conuenitur, videlicet titulo ſingulari pro herede, vbi res illas alienas fuiſſe ignorat *argum.l.3.pro herede & l.33.§.1.de vſucap.* Licet enim ex perſona defuncti conueniatur, vtique tamen conuenitur: & ipſe titulus eſt, qui in defuncto non fuit.

Digitized by Google

Etſi enim hic fuit titulus pro herede.]Patet ex iam dictis, his verbis non removeri rationem, qua probatur *ex d.l.13.* hanc actionem iſto caſu contra tit. poſſidentem dari: quia conſideratio illa perſonæ defuncti non impedit, quo minus in perſona heredis vere titulus ſit. Sicq; per rationem ſequentem, quod defunctus fuerit in mala fide: vel quia mala fides etiam cum titulo conſiſtere poteſt, vel quia etiam qui bona fide, pro herede poſſidet hac actione tenetur. Alioquin omnino male caſum dicti § 3. ad eum defunctum, qui in mala fide fuit reſtringit. Cæterum explicanda hic erat homonymia verborum, *pro herede*; quæ ſignificat vel titulum vniverſalem, de quo Tr. non ſine manifeſto vitio hic accipi poteſt, quod contra tali titulo poſſidentem hãc actionem dari in confeſſo eſt: vel ſingularẽ, quo verus heres res alienas in hereditate repertas, pro hereditariis tenet & uſucapit *l 3.ſ.1.ff. pro hæred.* Et ita titulum habilem ad vſucapiendum: cũ pro herede vel pro poſſeſſore non ſit, illo ſenſu, titulus, ſed potius modificatio & qualitas poſſidendi, ut poſt Dd. loquitur & notat *Salic. in l. rogi. 11. C. h t n 2 in fin.*

Ex perſona Patris.] Non recte patris hic fit mentio, quia in quovis herede huic quæſtioni locus eſt.

THESIS XVIII.

Lit. G.

Si feudum ſit hereditarium]De natura & qualitate huius feudi hic tractare huius loci non eſt. Sed interim tentari poſſit. quod etiam feudũ ex pacto & providentia, vt loquuntur, aliquando veniat in petitionem hereditatis, & tamen ſub qualitate quadã feudi hereditarii, cuius naturã ſapit: vbi de ſucceſſione filii agitur, qui etiã huius generis feudũ repudiata hereditate retinere non poteſt, ex ſententia veriori, quæ probatur ex *cap.1 agnati &c de quo infr. p 2. diſp. 12. th. 4.*

Vbi amplius ait.]Ait quod etiam extraneus heres inveſtitura non comprehenſus, modo ſe in defuncti poſſeſſione fundet, hac actione feudum ab extraneo poſſeſſore petere poſſit. Hoc quidem ita tradit *Roſſenthal. c 7. concluſ. 12. num. 4.* & hanc communem eſſe doctrinam ſcribit Verum 1. hoc ſimpliciter affirmari non poteſt, quod hæc actio natura ſua non niſi contra eum datur, qui pro poſſeſſore vel herede poſſidet. Deinde magis eſt, vt totum hoc falſum ſit: quia cum non niſi heres hac actione experiatur, feudum reſpectu extranei heredis, ab hereditate plane eſt ſeparatum. Neque apparet quid ad rem poſſit facere poſſeſſio defuncti: vel quia in heredem ea non tranſit, vel quia petitio hereditatis nullo plane modo fundari poteſt in poſſeſſione defuncti, ſed in iure, quod vel ex teſtamento, vel ex lege heres habet: & cum igitur ex neutro heres extraneus in feudo ius habeat, non poterit etiam pro feudo conſequendo hac actione experiri.

Lit. C.

Cur ſervitutes in petitionem hereditatis non veniant, duplicem rationem reddit Treut tum quod aliæ ſint actiones, tum quod nihil hic reſtitui poſſit. Verum prior non concludit, quod etiam pro aliis reb & maxime contra eos, qui titulo nullo poſſidẽt, propriæ & ſingulares ſint actiones: & ICtus *in l. 19.* tantum poſteriori ratione vtitur. Videndum autem, an non hæc ratio addi poſſit, quod ſervitus ſeorſim à fundo non videatur teneri poſſe pro hærede: quoniã, qui verbi cauſa heredem tantum ire agere prohibet, fundum ſuum liberum eſſe tantum contẽdit: & ſervitutes nihil aliud ſunt reſpectu fundi ſervientis, niſi quædam privationes. Poteſt autem hæc ratio ita coniungi cum ratione IC *in d. l. 19. §. vlt.* quod connexæ quæſtiones ſunt, an res in reſtitutionem ex cauſa huius actioni veniant & an rei alicuius nomine hæc actio inſtitui poſſit.

THESIS. XIX.

Lit. A.

Neceſſarias deducat.]Explicandũ erat, quid intelligeret per deducere, an etiam actionem cõcedat quod magis videtur, *arg quod lit* D. tradit, & vtrobique allegat. *l. 5. C. de rei vind* ex qua ꝗ etiam malæ fidei poſſeſſori pro neceſſariis impenſis actio detur probari videtur. Quo admiſſo, male hac lit. A adducitur *l. 48. de rei vind.* quæ neque de neceſſariis impenſis, neque de actione, neque de malæ fidei poſſeſſore tractat.

Vbi verba illa]Pertinent ad explicationẽ *l 48. de rei vind.* & quidẽ horũ verborũ, *exceptione doli poſita per officium iudicis.* Et probãda videtur cõtra Tr, Cuiacij ſententia, ꝗ formula illa loquendi nõ conveniat veteri rationi iuris, quia tũc officiũ iudicis neceſſariũ erat, vbi exceptio erat omiſſa, nec formulæ inſerta, velut incerta fidei iudiciis, quibus de eadem iſta exceptio doli & aliæ id genus ineſſe dicebantur. Et ipſe Ant Fab quẽ Tr. hic pro ſe citat, mutata poſtea ſentẽtia, verba, *per officiũ iudicis*, ab imperito interprete adiecta ait *dec. 26. err* 10. ꝗ tamẽ minus probo, ꝗ ita ſequeretur neceſſariũ eſſe exceptionẽ inſeri,

Digitized by Google

neq; alias officio iudicis locũ eſſe: quod expreſsè falſum eſt, *per text. in l. 38. & vlt. h. t.* Ideoque videri poſſit, inſerta particula disiunctiua, legendum eſſe, *exceptione doli poſita ſiue per officium iudicis*, quod nihil prohibebat, exceptionem quæ actioni inerat expreſsè etiam formulæ adſcribi. Neque obſtat, quod rei vindicatio non ſit ex actionibus bonæ fidei, quibus exceptio doli ineſſe dicitur: quia exiſtimari poteſt, eandem hac in re naturam fuiſſe actionum arbitrariarũ, quæ præſertim ratione præſtationum perſonalium, fructuum & impenſarum ad naturam bonę fidei actionum accedunt: ſecũdum quod rectè *Curac. 10. obſ. 1.* tantum facere, arbitrium, quantum bona fides. Poſſit tamen & vulgata lectio defendi, ſi exceptionis oppoſitio ſiue poſitio pro ſimplici eius allegatione in iudicio poſt litem conteſtatam accipiatur: quia vtique iudex etiam ex officio exceptionis non niſi allegatæ rationẽ habere poteſt.

LIT. B.

Vtiles & Voluptuarias.] Hic illud notandum occurrit, quod eandem rationem facit malæ & bonæ fidei poſſeſſoris circa voluptuarias impenſas, diuerſam autem circa vtiles: cum tamen potius contrario modo eadem circa vtiles, diuerſa circa voluptuarias malæ & bonæ fidei poſſeſſoris ratio ſtatui debeat: quod optime probat *l. 38. h. t. & l. 39. §. 1. eod.* quod ſcil. malæ fidei poſſeſſor etiam vtiles impenſas deducat hac tamen differentia, quod bonæ fidei poſſeſſor indiſtinctè, malæ fidei autem dum demum, ſi res extet, & melior facta ſit *d. l. 38. inſ.*

In ædificijs feudalibus etiam.] Communi iure feudali meliorationes pro allodialibus habentur, ſiue feudum domino, ſiue ſucceſſori feudali deferatur, per notata *Hart. Piſtor 2. quæſt. 42.* & *Schrad. part. 3. partis ſecunda principal. ſectio. 2. & part. 7. cap. 3. num. 7.* Contrarium creditur vulgo deciſum iure Saxonico, ita vt meliorationes ædificia ipſa, feudalia cenſeantur, & vel domino vel hæredi feudali cedant, Landrecht / *artic. 21. lib. 2.* quæ differentia traditur etiam à *Zobel. par. 3. diff. 29. Fach. diff. 36. Reinhard part. 3. diff. 3. diff. 23. conſtit. Elect. Auguſt. 31. part. 1.* Cæterum Treu. *poſt. Coler part. 2. cap. 3. num. 307.* corruptum putat textum *dict. artic. 31.* & ſubintelligendum, quod vaſallus ſine herede deceſſerit, itaque bona fuerint vacantia. Verum nihil ibi in textu hiulcum, neque veroſimile eſt de caſu rariſſimo in illo articulo tractari. Ideoque ſententiam communẽ probo, quæ confirmatur *ex dict. art. 21. circa fin.* hat auch ein Mann einen Sohn / der ſein Lehens- erbe iſt nach Lehenrecht / er behelt ſeines Vatters Gebäwde auff ſeinen Lehen / mit mehrern Rechten / dann der ſein Erb iſt nach Landrechte. Cum tamen iure feudali communi in meliorationibus quicunque hæredes ſuccedant, & illæ vtique alijs hæredibus ſint conferendæ, *Schrad. d. part. 7. cap. 3. n. 7.* Etſi igitur ædificia cenſentur feudalia, vt ſequantur hæredem feudalem, etiam poterunt feudalia cenſeri, vt aperto feudo domino debeãtur: quod ſc. *dict. art. 21.* perſpicuis verbis docet, Wird es ſich ledig ſeinem Herzen / er nimbt das Gebäw ſampt den Lehen. Neque obſtat *textus lib. 2. art. 53.* quia loquitur de cõductore, qui ius tempore habet, & in ſolo plane alieno ædificat, Was ein Mann bawet auff frembdem Gute da er Zinß von gibt / vaſallus autem vtile habet dominium & ius perpetuum, adeoque eo animo meliorationes, vt ipſæ quoque feudales ſint, facere intelligitur. Non obſtat etiam *glo. ad d. art. 21.* quia loquitur itidem de cõductore võ dem Zinßman / qualem etiam poſſe eſſe vaſallum vnd ein Rittersmann docet gloſſa ſequens, quæ ipſa explicat præcedentem, his verbis: das Gebäwde ſo darauff iſt / erben ſie auff ihre Leibserben / doch allein / das der Grund nicht Lehen ſey / ꝛc.

LIT. C.

Exceptione doli nunquam vtatur.] Falſa hæc ſententia eſt *per d. l. 38. in princ. h. t.* his verbis, *& id ipſum officio iudicis continebitur, nã nec exceptio doli mali deſideratur.* Hoc enim verbum, *deſideratur*, manifeſte oſtendit, quod exceptioni doli ſit locus, Et nimirum hic eius loci eſt ſenſus, quod exceptionem doli mali formulæ adijcere neceſſum non ſit, ſed ex ipſa actioni inſit, & æquitate iudicij contineatur, ita vt eius etiam poſt litem conteſtatam in iudicio allegatæ, iudex pedaneus rationem habere debeat & poſſit. Et in hoc manifeſto ignorantia iuris veteris, quod ipſe alias vſque ad ſuperſtitionem inculcat, labitur *A. Fab. decad. 26. err. 8.* vbi tantum haſtenus malæ fidei poſſeſſoris, quoad impenſas vtiles rationem haberi ait, vt eas tollere poſſit. Et valde ſuauis & facetus eſt dum ſcribit in hoc minime prudentem fuiſſe Paulum, qui *in d. l. 38.* dicerit generaliter in vtriuſque perſona haberi rationem expenſarum, & modum ex alijs legibus explicandum nobis reliquerit: quaſi verò Paulus non expreſſe ſcribat, quod etiam citra exceptionem doli malæ fidei poſſeſſori ſuccurratur, exceptionem videlicet formulę inſertam adeoque omnino, quod alias exceptio præſtat hoc officiũ iudicis in hac actione præſtare ſignificet: & quaſi

Digitized by Google

& quaſi Paulus illud ſcribens ad alios Textus vel autorũ loca aut reſpexerit, aut reſpicere potuerit. Ex quibus patet, parum etiam ſubtilem eſſe explicationem *Gœdd. in l. 79. in pr. d. V. S.* quod exceptio doli vel detur ſola, vel coniuncta cum officio iudicis quod iniquum ſit, alterum cum alterius iactura locupletari. Neque abſurdum haberi debet, ſi hac in re eadem ſit ratio bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſoris: quoniam impenſæ hæ rem faciunt meliorem qua de cauſa etiam tũ demum ora doli exceptio datur, vbi res extat: & ita ſeil conſideratione impenſæ vtiles & neceſſariæ non craſſius, vt male loquitur *Gœdd. d. loc. n. 5* ſed recte *d l. 38 & 10 in pr h* coniunguntur. Plane non diſſimulo; Treutl. opinionem quod malæ fidei poſſeſſor non vtatur exceptione doli, probari *à Cyn. Salic. & Caſt & alys Dd in l 5. C. de rei vind.* LIT. D.

Neceſſarias per actionem] Inſubiliter dicitur à Treu *poſt Gœdd d loc num. 7.* quod expenſæ deducantur per actionem, quia non actor, ſed reus conuentus ex e tione & compenſatione oppoſita deducere dicitur, *arg. d l 38. in fin* Addendum autem hic erat verbum, *etiam*, quod ſcilicet bonæ fidei poſſeſſor etiam remedio actionis inpenſis conſequatur: de ipſo tamen non leuis eſt dubitatio: ſiquidem *in l 14. de dol excep. l 33. in fin. d. condict. indeb. l. 14. §. 1. comm. diuid* præcisè etiam bonæ fidei poſſeſſori amiſſa poſſeſſione actio negatur: quæ ſententia eſt etiam *Donell. 20. comment 27. A. Fab decad. 20 err. 9.* vbi prolixe ad contraria reſpondet, nulla tamen facta mentione *l 5. C. de rei vind* quæ expreſſius actionem cõcedere videtur: quam *Donell. d loc. de except* explicat quoniam etiam per hanc generalius loquendo repetere dici poſſumus: & cum ibi agatur etiam de iure tollendi impenſas, tanto facilius ad caſum poſſidentis ſpecies illa referri poterit, maxime cum ibi tractetur de malæ fidei poſſeſſore, cui difficile eſt, vt remedio actionis ſubueniatur: & video *à Caſtr. & alys d. l. 5 expreſsè* ita explicari, vt non actio ſed retentio tantum malæ fidei poſſeſſori detur, quomodo quidem *d. l. 5. à Salic. ibid. in prin.* ſumatur. Æquitas quidẽ hic pro faciente impenſas neceſſarias militare videtur, ſed ratio iuris actionem negat, cum impenſæ nõ alieno, ſed proprio nomine factæ ſint: qua de cauſa fruſtra *Gœdd in d. l. 79* adducit Textus *in l 8. in princ. d pignorat. act. l in rebus §. 2. commodati leg. 7. §. fin. ſolut. matrim.* quibus locis de impenſis ex cauſa contractus in rem alienam factis tractatur. Neque ſatis commode textus ſupra citati ad ius ſtrictum referri poſſint: quod præſertim condictio indebiti, quæ ex æquitate ſiue bono & æquo eſſe dicitur *l 66. de condict. indebiti* hic negatur *l 33. in fin d. condict. indebit.* neque nobis integrum eſt, præter leges inducere æquitatem. Illud forte tentari poſſit cum *Cuiac. 10. obſeru. 4 & Hotom. ad d l C d. condict. indeb.* ſi quis omiſſa exceptione per errorem rem reſtituerit dandam ei condictionem incerti ad poſſeſſionem adipiſcendam, cuius retentione poſtea impenſas ſeruare poſſit: Attamen cum poſſeſſione ſua etiam citra vl roi eam reſtitutionem quis cadere poſſit ne ſic quidem omnibus qui impenſas fecerunt conſuluerit: & vereor ne illud de actione incerti commentitium ſit: vel quia *in l 5. §. 1 de condict. indeb.* quæ pro fundamento illius ſententiæ adducitur, non agitur de poſſeſſione ad effectum temporalis retentionis condicenda: vel quia difficile eſt *l. 33. d. condict. indeb.* reſtringere ad condictionem certi, vel denique quoniam hoc admiſſo, eges, quæ ſimpliciter actionem negant, verbis eſſent poſitæ non rebus.

Vtiles per officium iudicis] Videtur Treut exiſtimare, quod nomine impenſarum vtilium non competat exceptio, ſed officium iudicis: velut etiam *Gœdd. in l. 79 d. V. S.* ita exceptionem & implorationem officijs iudicis opponit; poſt Gloſſ. *in l 5. Cod. de rei vind.* Qui tamen, vt paulò ante notatum, ignorantia iuris veteris labuntur: ſiquidem officium illud iudicis intelligitur quod ſubſeruit naturæ actionis, cui exceptio doli ineſt, ſicut etiam bonæ fidei iudicijs, vt tanto magis in hac ſpecie impenſarum nomine, exceptio proponi potuerit. Neque dubito veram eſſe hanc propoſitionem: cuiuſcunque rei iudex ex officio ſuo rationem habere potuit, illud etiam & multo magis, in iure apud prætorem per modum exceptionis proponi potuiſſe: non autem ex conuerſo. quod apud prætorem proponi potuit, eius omiſſi, iudex habere potuit rationem. Et videtur Tr. cum alijs non ſatis aduertiſſe ad diſtinctionem officij iudicis nobilis & mercenarij, de quo loquitur *ICtus in l 48. de rei vind & in l. 38 & vlt. h. t.* LIT. E.

Voluptuarias item tollat] Bonæ fidei poſſeſſori tantum tribuit ius tollendi impenſas voluptuarias. Quod eſt contra expreſſum textum *in l 39. § h t.* vbi perſpicue malæ fidei & bonæ fidei poſſeſſores ita inter ſe opponuntur, vt illi tantum tollendi, huic etiam exceptione poſita voluptuarias impenſas deducẽdi poteſtas fiat Neq;

 ferri

Digitized by Google

ſerri poteſt, quod *Guid. in l. 79 d. V. S. §. vltim. verſic poſtremum d l. 39* ad remotiora, & ita ad bonæ fidei poſſeſſorem refert : quod & per ſe inconcinnum eſt, & eo admiſſo, contra proprietatem verborum, dicendum eſſet, quod *pr. §. 1. de doli exceptione*, corrigeretur per verſ. vlt. cuius tamen correctionis nullum apperet veſtigium. Equidem his & præmiſſis varia loca obijci ſolent, de quibus plenius tractatur infra *p 2. diſput. 20 th. 6.* duo ſaltem hic annotare liber 1. nihil hic omnino certi præcisè hic ſtatui poſſe, ſed multa arbitrio boni iudicis committenda eſſe, per textum *in l. in fundo. 38 de rei vind* ex quo apparet, quod aliquando etiam bonæ fidei poſſeſſor vtiles impenſas tantum tollat, propter qualitatem petitoris : vt proinde non abſurdum ſit, ſi aliquando propter diuerſam ratione͞ petitoris voluptarias impenſas, vel etiam malæ fidei poſſeſſor vtiles deducat. 2. quod alia videatur ratio petitionis hæreditatis, quam rei vindicationis ſingularis : quæ communis Dd. ſententia, diſſent. licet *Cuiac. Ant. Fabro & ipſo Treut. d diſputat. 20. p. 2.* vel ideo admittenda videtur, quod eius ope pugnantes inter ſe textus iuris non incommode conciliari poſſe videntur. Et ſane in vniuerſali illo iudicio mitius cum poſſeſſore agi videtur : vel quia hoc voluit SCtum *l. 20. §. 6. & l. 25 §. 11. h. t.* vel quia difficili probatione dominij non grauatur, vel denique, quia vt ſupradictum, ratione præſtationum perſonalium & ita impenſarum, iudicium hoc bonæ fidei intelligitur. Neque obſtat, quod hæres poſſit eludere hoc beneficium poſſeſſoris, inſtituendo rei vindicationem ſingularem : vel quia non facile omiſſo remedio expeditiori, difficile electurus eſt, aut ſi id faciat, nihil abſurdi fuerit, eum qui pro poſſeſſore & ita tanquam prædo poſſidet grauius teneri, quia contra eum qui pro hærede poſſidet, & qui hac actione ſecundum eius naturam proprie conuenitur, rei vindicatio ſingularis moueri non poteſt.

DISPUTATIO XV.

DE REI VINDICATIONE.

Reſpondente

ANCHARIO SCHRODERO.

THESIS I.

LIT. A.

REi vindicatio.] Statim in limine offendit Treutl. dum diffinitum reſtringit ad actionem illam, quæ eſt ex XII. tab. & tamen lit F. illud diuidit in directã & vtilem : quæ tamen ſpecies nec ex LL. 12. tab. eſt, neque ex Tr. quidem ſententia lit. G. domino datur.

LIT D.

Rei corporalis.] Haud ſcio an ita in ſpecie L. XII. tabb. vſa fuerit verbo vindicationis : ſiquidem paſsim legimus v. c. vindicias ſecundum libertatem, quomodo etiam ſeruitutes vindicari dicuntur *t. t. ſi ſeruitus vindicetur* §. 2. *Inſtitut. de act.* Illud plane verum eſt, quod ſub titulo Digeſt. tantum de vindicatione rerum corporalium tractatur.

LIT. F.

In directam & vtilem.] Non recte hanc diſtinctionem perſonæ actoris tantum accommodat : quia quædam in rem actio etiam ex perſona rei vtilis eſt per tradita infra th. 5. & 1.

LIT. G

Peſsime hinc dominium duplex directum & vtile conſtitui affirmat. Adeoq; duplex quæſtio eſt, an omnino ſit duplex dominium & an illa diſtinctio ex actionis in vtilem & directam diſtinctionem, deſumi & probari poſsit. Et vtrūq; contra Tr. cum Dd. probabiliter defendi poteſt : vt videlicet, quoniam actio in rem effectus dominij eſt eo ipſo, quod præter actionem directã, vtilis quoq; in rem prodita eſt, aliud quoddam dominij genus eſſe videatur. De nomine autem non contendam, & facile admittam, ex eo quod actio vtilis dicitur, non protinus dominium quoque vtile recte appellari : quod ſcilicet actio vtilis ex benigna interpretatione legis & æquitate conceditur, quod paſsim in iure noſtro in materia obligationum ex cõtractu & delicto occurrit : ſed fortaſsis Dd. in hac diuiſione hoc quoq; conſiderarunt, quod v. c. penes vaſallum

& em-

Digitized by Google

& emphyteutam pleniſſima rei vtilitas eſt nuda proprietate penes dominum relicta: cui vtilitati, cum accedat ius vindicādi contra ipſos quoq; directos dominos & titulum habeant perpetuū, aliud penes ipſos dominum eſſe, difficile ſit negare. Et frivolum eſt, quod lit. F. Tr. ait, actionē in rē illis dari, non dominij, ſed effect° reſpectu, vt pro ſuo iure agere poſſint: vel quia niſi quodammodo domini eſſent, actio talis illis nō daretur: vel quia hoc ipſum in controverſia eſt, an non tale ius iſti habeant, quod dominium appellari mereatur: alias hac ratione etiam marito dominium rei dotalis negari poſſit. Rationes autem Treut. quibus diviſionem Dd impugnat, nihil concludunt, & fere principium petunt. Ait, quia ius, quo res noſtra eſt vnum tantum eſt. Atquin inde non ſequitur, quin dominij ſpecies diſtingui poſſint, & hòc dupliciter 1. ratione obiecti, cuius abſolutum dominium haberi non poteſt, cuiuſmodi olim erant provincialia tributaria prædia, de quibus *in §. 41. Inſtitut. de rer diviſ & in princip. l. de vſucap. l. vn C. de vſucap. transformi* 2. ratione cauſę, & huius vel proximæ, velut olim intereat, an res per nexum. id eſt, æs & liberam, an per vſum, aut ſimplicem traditionem transferretur. Vel remotæ qualis eſt ius prætorium, quod non faciebat dominum *in princip. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* loco tamen domini cōſtituebat; imò dominium prætorium faciebat *per l. 15 §. 16. 17. & 33. de damn. infect l. 6 §. 9 comm. divid. l. 1. d bonor. poſſ* Addi poteſt 3 reſervatio iuris alicuius in re conceſſa: ex qua fit vt v. c. licet dominio aliquo manente penes dominum, aliquod tamen in vaſallū tranſire abſurdum non ſit: non obſtante regula illa, qua duo eiuſdem rei in ſolidū domini eſſe poſſe negantur: quoniam ea intelligenda eſt de eodem dominij genere: ſiquidem iure veteri duos eiuſdem rei quiritario & bonitario iure dominos eſſe potuiſſe conſtat.

Poteſt à re ſeparari eius vſus.] Nihil hoc ad rem: Neque Dd à ſeparatione iſta ſimpliciter diſtinctionem hanc deſumunt, neque fructuarium ſimplicem dominum eſſe ſtatuunt, ſed v. c vaſallum & emphyteutam, quibus longe plus quā vſufructuario conceſſum eſt. Et ergo mera petitio principij eſt, quod ſubiungit Tr. dominium in ſpecies dividi non poſſe.

Eoque reſpectu plenum vel minus] Ita quidem proprietatis vſufructui oppoſita in iure diſtingui ſolet, quo I alia ſit plena, alia nuda: ſed haud ſcio, an ita recte dominium diſtinguatur, cum quo vſusfructus nihil habet commune *arg. l. recte 25. de V. S.*

Maxime poſt ſublatam differentiam] Hæc quoque ratio non concludit contra Dd. vel quia alia ratio quiritarij dominij fuit, vtpote revera imaginarij, alia directi, vtpote cuius non exigui ſunt effectus, proinde Iuſtin *l. un. Cod de veter. iur. quirit.* eiuſmodi diſtinctionē, quæ in rebus ipſis habet fundamentum, improbare voluiſſe exiſtimandus non ſit: *arg. l. 12. in fin. C. eod de fund. patrimon.* in qua emphyteutas appellari dominos, quo fronte Tr. negare hic poſſit, non animadverto: vel etiam quia ipſius rei evidentia, potentior eſt quam voluntas Iuſtin. Adeoque, vt maxime ille vnum tantum genus dominij eſſe voluerit, efficere tamen non potuerit, quominus introducto poſtea jure feudorum, diſtinctio dominij debuerit admitti: Facit huc, quod 2. *feudor. 43.* vaſallus ſuper feudo tranſigendi, & *iuxta notata diſput. 12. th. 6 lit. A* etiam in arbitrum compromittendi ius habet; imo *d t. 43.* ius vaſalli in feudo proprietas dici videtur: quādoquidem ſuper proprietate ſive dominio recte nullo modo tranſigendi ius vaſallus habere poteſt. Neque his obſtat *l. 1. ſi ager. vectig. petit.* vel quia conductores illi minus iuris, habent vel quia verbum dominij ibi ſumitur in ſignificato potentiori. Et ſane v. c emphyteutæ, quatenus conferuntur cum domino, vt annuam penſionem præſtantes, conductorum & colonorum: cæterum reſpectu effectuum aliorum dominorum vicem obtinere videntur: ex quo eſt: quod *in §. adeo I locat.* emphyteuſis, & cum locatione, & cum venditione confertur.

THESIS II.

LIT B.

Etiam vxori de re dotali.] Aliena hic immiſcetur quæſtio de dominio rei dotalis Et maritum quidem, iure ciuili dominum intelligi, certiſſimis iuris textibus probatur: & licet traditionis actus naturalis ſit, titulus tamen magis eſt ciuilis: quo colore defendi poteſt. quod Iuſtin. ait *in l 30 C. de iur. d. t.* rem ſemper naturaliter permanſiſſe videri in dominio vxoris: quamuis in eiuſmodi quæſtionibus decidendis, quid Iuſtin. putauerit. non magnopere ſit curandum, Cæterum titulus dominij mariti dos eſt, qui titulus reſpirat ſoluto matrimonio, morte vel divortio, quod cū olim apud Romanos frequens eſſet mirum non eſt. ſi hoc reſpectu dominium mariti aliquando iure noſtro, minus honorificis titulis inſigniti, & de marito, tanquam

Digitized by Google

non domino tractari videamus, idque forte innuere voluit Tr dum ait, mulierem eſſe dominam per anticipationem: (quæ tamen verba ſatis obſcura ſunt) quod non ſatis convenit cum *d. l.30.C.de iur. dot.* vbi res ſemper dicitur in dominio vxoris permanſiſſe Sed de hoc pluribus agitur infra *p.2.diſp.7.th.6.*

Etiam conſtante matrimonio.] Multo magis ait dari marito: & tamen non videtur, vt duobus eodem tempore iu ſolidum eiuſdem rei vindicatio detur. Et ita eſt, vt falſum ſit, quod poſt Cuiac. Treut. ait. vxori etiam conſtante matrimonio vindicationem dari rei dotalis, per textus expreſſos *in l 11 C. de iur. dot & in l dote, 9. C. h. t. vbi Bart. Salic Caſtrenſ. & alij Dd* hoc notant, quod vxor durante coniugio rem dotalem vindicare non poſſit. Si quod enim eſt interim vxoris dominium, illud fere ſine effectu, & vt ita loquar ſopitum eſt, & quieſcit: neque a Iuſtin. qui fœminarum in dotibus ius auxit, quicquam hic reperitur mutatum. Et nihil iuvat Tr *l.3 C. h t* quæ non de fundo dotali, ſed alio extra dotē loquitur, etiam hoc arg. quod cum marito coniungitur mater, quæ in dotalib. rebus nullū ius habet. Et licet ex conſtitutionibus poſterioribus maritum adminiſtratorem terū præter dotalium ponas, eas tamen alienandi ius illi conceſſum non eſt. Quin etiam in ea ſpecie fundum dotalem ponat, de quo tamen nullus interpretū illum locum accipit, dicerem ſpeciale ibi eſſe, quod alienatio a marito contra legem nulliter facta ſit: ideoque vindicationem vxori potius dandam eſſe, quam marito qui contra legē peccavit, & quantum in ſe fuit, fundum non dotalem efficere conatus eſt, cum alias etiam maritum contra proprium factum ſuum venire, minus congruum videatur.

LIT. C.

Non ei qui oblati libelli.] Hoc nō ſatis bene cum præcedentibus coniungitur: ſed & inſubtiliter dicitur, quod hæc actio non detur ei, qui lite pendente dominiū amiſit: quoniam poſt litem conteſt hanc actionē denegari aut nō dari, propriè loquendo dici nō poteſt. Dicere voluit aut debuit, ſi poſt litem conteſt. petitor dominium amittat, iudicium ceptum finiri, & reum abſolvi, quoniam cum ex cauſa huius actionis petitor per ſententiam dominus declarari, eique tāquam domino res reſtitui debeat, etiam tempore ſententiæ ferendæ dominium durare oportet: de quo vide etiam Iaſ *in §. omnium. Inſtit. de action. nu. 69. & Ioh. Fab. ibid nu. 16.*

LIT. D.

An bene ei qui demum poſt.] Eadem ſubtilitate dicitur, ei dari hanc actionem, qui poſt litem conteſtatam dominus factus eſt: quia poſt litem conteſt. actio non dicitur dari. Dicere debuit ſi poſt litem conteſtatam dominium in perſona actoris ſuperueniat iudicium, tanquam retro quodammodo convalidatum peragi reumque ad reſtitutionem condemnari.

Quod de æquitate canonica.] Poſterius hoc, vt ſuperueniente dominio iudicium peragi poſſit, iure canon. tantum defendi ait Treut. *ex cap abbate 3. de ſentent. & re iud in 6* Verū quod hoc iu e Canon. traditum eſt, exinde iure civili defendi non poſſe, minime efficitur: cum in d. cap. nulla mutationis aut diverſitatis legum ciuiliū mentio fiat, ſed pontifex, tanquam de iure recepta diſputet Neque abſurde ex ratione iuris civilis hoc defendi poſſe videtur: quoniam ſicut vtcunque regulare ſit contra poſſidentē non dari hanc actionem, tamen nihilominus condemnatio ſequitur, licet tempore litis conteſtatæ non poſſederit reus, modo tempore rei iudicandæ poſſideat *l 27. § 1. D. h. t.* Ita quoque quidni dicemus, licet regulare ſit, non niſi domino dari hanc actionem, condemnationem tamen ſequi debere, modo tempore ferendæ ſententiæ dominium penes petitorem deprehendatur: idque etiam ita ſimpliciter proponit Iaſ *in §. 1. de action. nu. 66. poſt Bartol.* (male à Treutl. allegatum) *nu 19.* ad quos itidem ſe refert *Schneid. alleg nec mirus Gloſſ. in l. fin. de pignor. act* ſufficere ait, ſi quis pendente iudicio ius habere incipiat: quamvis ratio differentiæ ſit, quod à parte actoris res deducatur in iudiciū, vt diſputat Iohan. Fabr *in §. omnium. I. de action. num. 18* vbi etiā ex ſententia P. & Iacobi, putat opinionē illam tantum procedere iure Can. & ideo ſervandam, quod omnes oporteat obedire Deo & Papæ.

Si modo ſimpliciter, &c.] Eſt *ex d. cap. 3. de rei iud. in 6* in quo curioſè diſtinguit Pontifex, an expreſſa cauſa ſpeciali, an ſimpliciter actio in iudiciū fuerit deducta: quod ſi illo caſu ſuper eo, quod de novo emerſit, & libello comprehensū non fuit, iudex non videatur poſſe pronuntiare. Quamuis fortaſſis defendi poſſit, cum hodie ipſi magiſtratus iudicent, etiamſi ex ſpeciali cauſa actum ſit, reum poſſe condemnari: quoniam nonniſi ab inſtantia reus abſolvi poſſit, ſalvo manente actori iure coram eodem magiſtratu expediendi, non videatur ſatis ex bona fide, iſtas ambages conteſtari. Plenius tamen diſtinguit

guit Jaſ. *in d. §.1. nu. 66. & il. id. Ang. nu. 9* ut condemnatio ſequi poſſit, etiamſi ex ſpeciali cauſa actum ſit, ſi modo hoc caſu ex cauſa de præterito dominium ſuperueniat.

LIT. E. & F.

Ait ex duobus ei dari vindicationẽ, cui prius res tradita eſt, ſive ab vno, ſive à duobus nõ dominis. In quo dupliciter notari poſſe videtur. tũ quod traditio à non domino facta, ius vindicãdi, de quo hic agitur, tribuere nequit, & ita rei vindicationem cum Publiciana, de qua in allegata *l. 9.* confunditːtum quia etiam vbi de Publiciana quæritur, intereſt an ab vno an à diuerſis non dominis pluribus res vendita ſit, vt docet *d. l. 9. §. 4. de Publician.* Et omnino ita ſe res habet, vt potior ſit, cui res prius tradita eſt, & hoc indiſtincte, ſi ab vno res duobus vendita & tradita ſit: ſin à diverſis, potior erit qui à vero domino rem emit, modo ſemel poſſeſſionem eius apprehenderit, quia ſc. tum dominus factus eſt: quod ſi à diuerſis non dominis venditio facta eſt, ille tuendus eſt qui poſſidet, licet alteri prius res tradita fuerit *dict. l. 9. §. 4. de Public. action.* Cuius vera ratio eſt, nõ quod per traditionem prius factam accipienti dominium quæri non potuerit: quia hæc ratio etiam militat, vbi ab uno nõ domino vẽditio facta eſt, & tamẽ hic præfertur, cui prius res tradita fuit, *d. l. 4. §. 9.*) ſed hæc potius, quòd ibi de vno non domino quæritur, etiam tantum de vno iure, quod ille habuit, agi poteſt quod ius etiam non domini cum fuerit in poſſeſſioue in primũ accipientem totum tranſlatum fuit, qui adeo merito præferri debet: at vero plures non domini æquale etiã ius in re habere intelliguntur, adeoque etiamſi vnus poſſesſionem ab altero nactus fuerit. ſecundo tamen emptori, qui poſtea poſſeſſionem nactus eſt, præferri non poteſt: quippe cum iſte ius ſuum in hoc fundet, tanquam illud ab altero non domino in ſe tranſlatum accepiſſet: cum & alias qui poſſeſſionem v. c. ſciente venditore adipiſcitur, eam quaſi à venditore traditam accepiſſe cenſeatur vnus autem ſiue dominus, ſive non dominus per traditionem ſemel factam jus ſuum transfert, neque amplius habet, quod in alium conferat. Porro his non obſtat *l. 14. qui potior in pign. &c.* alia enim ratio eſt actionis hypothecariæ, alia vindicationis, alia ratio eſt hypothecæ, alia dominii. Hoc traditione acquirendum eſt: illa etiam nudo pacto conſtituitur: & proinde nihil ad eius efficaciam aut perfectionem traditio facit, ſed ille obtinebit cui prius res fuit obligata: Magis videtur obſtare *l. ſi eares, 31. §. fin. de action. empt.* quam Accurſ. explicat de caſu, vbi controverſia eſt non inter ipſos inuicem, ſed cum tertio. *Cuiac.* autem *18. obſ. 31.* controverſiam ea de re inter ICtos fuiſſe exiſtimat.

LIT. G.

Nec refert, ſi alteri inſtrumentum.] Intelligendum ſc. eſt, vbi inſtrumentum prius eſt traditũ, quod alias nulla plane poſſit eſſe ratio dubitandi: atquin huic ſententiæ, quod potior ſit, cui res ipſa poſterius tradita eſt, eo, cui prius inſtrumentum fuit traditum valde obſtat *l. 1. C. de donat.* vbi poſt tradita inſtrumenta, ſtatim rei vindicatio competit. Putabam dici poſſe, 1. Illud obtinere, vbi traditio inſtrumentorum, non concurrit cum vera traditione ipſius rei, quæ potentior eſt 2. ſpeciale eſſe in donatione, quam nulla munit ſtipulatio, vt eo caſu traditio inſtrumenti pro ipſius rei traditione habeatur, quod alia donatio inefficax erat futura quoniã eo iure ex pacto donationis nulla actio naſcebatur. Verum, quo minus in his acquieſcam, illud facit, quod video in ſpecie *d. l. 1.* hoc ſtatui, inſtrumentis traditis ipſam rem traditam intelligi, quod *ibid. Bartol. Salicet & alij Dd.* communiter notant, in eoque fallitur Treu. aut arguntatum, dum rei traditionem, traditioni inſtrumentorum opponit: eſt enim & hæc licet ficta rei ipſius traditio. Et cum igitur iuxta vulgatum illud, tantum operetur fictio in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero. & inſtrumento tradito, ipſa res tradita intelligatur, & dominiũ acquiratur *d. l. 1. C. de donat.* non poterit per traditionem quantumuis veram ius alteri ex facta traditione quæſitum, auferri. Firmatur hoc exemplo aliarum fictarum traditionum, velut eius, quæ fit per claves. de qua ita Iuſtin. *in §. item ſi quis 45. Inſtit. de rer. diuiſ.* ſimul atque claves tradiderit, proprietatẽ mercium transfert ad emptorem: alias hic quoque dici poſſet, præferendũ eſſe eum, cui merces realiter traditæ eſſent. Enimvero, aut traditionem nullam eſſe, aut ſi traditio eſt, effectum ſuum obtinere neceſſum eſt. ſcilicet transferendi dominii, quo facto alia traditio poſt ſequuta nulla erit.

THESIS III.

LIT. G.

Negat hic, quod cautela Dd. in iure fundetur, ut actor ſpecialem exprimat cauſam, qua non probata ad aliam poſſit recurrere. Ea tamen non obſcure fundatur *in l. 11. §. 2. & 4. & magis in l. 14.*

§11. de

§ 2. *de except. rei iud* vbi dicitur cũ, qui rem agit, non expreſſa cauſa, omnes cauſas una petitione apprehendiſſe intelligi: & igitur reo abſoluto quacunque ex cauſa præterita aget, obſtabit exceptio, quod ſecus eſt, ſi adiecta cauſa egerit *d. l.* 11. §. 2. Neque obſtat *c. 3. de ſent. & re iud. in 6.* quia quod ibi dicitur non de ſimplici abſolutione, ſed ab inſtantia accipiendum eſt: & illo ſane ſingulari caſu, quo dominium poſt lit. conteſt. ſuperuenit cauſam ſpecialem expreſſiſſe nocet, quia ius poſtea: cæterum hoc noſtro caſu vtile hoc eſt, licet ſi actor in dolo ſit, & fatigandi adverſarii cauſa hoc faciat, removeri debeat, quod notat Zat. pro diſſ. non recte allegatus.

LIT. E.

Quod non idem eſt.] Ratio eſt, quia cum plane titulum dicere non cogatur, non poterit ipſi nocere, quod falſum titulum dicit.

Vnde recte Cuiac. elicit differentiam] Cuiac. cit. loc. differentiam illam inter petitionem hereditatis nõ explicat, ſed hoc velle videtur, quod in rei vindicatione ſingulari non neceſſum ſit dicere, an quis poſſideat v. c. pro empto vel donato, ſed in petitione hereditatis neceſſum ſit dicere, an poſſideat pro herede an pro poſſeſſore. Hæc quidem differentia cum translatione poſſeſſionis, de qua in th. tractatur, nihil habet commune: cæterum cum Cuiac *cit. loc* 10. *obſer.* 2. etiam cum, qui pro poſſeſſore poſſidet, iuris hereditarii controverſiam movere ſtatuat, (quod tamen falſum puto, quid enim ſi quis poſſideat titulo ſingulari invalido? iuxta *l.* 13 §. 1. *de pet. hered*) nulla videtur ratio cur conuentus dicere debeat & reſpondere, an pro herede vel poſſeſſore poſſideat, cum nihil hoc faciat ad variandum ius petitoris. Quin vt maximi qui rem pro poſſeſſore tenet, controverſiam hereditatis non moveat, eadem tamen naturæ petitionis hereditatis eſſe videtur. Vt mihi probabilior fiat explicatio *Bulgari ad l. cogi.* 11 *C de pet hered.* quã ibi refert. *Accurſ.* & contra obiectiones Cyn. & aliorum defendit *Salicet.* vt conuentus neceſſum habeat dicere; an poſſideat pro herede vel pro poſſeſſore, an aliquo titulo ſingulari, ſcilicet ad fundandam intentionem actoris: quoniam ſicut cogitur quis reſpondere, an poſſideat necne, vt ſciatur, an omnino reali actione poſſit conveniri. ita quoque teneatur reſpondere, an poſſideat titulo ſingulari an pro poſſeſſore vel herede, vt ſciatur, an vindicatione ſingulari, an petitione hereditatis ſit agendum: qua explicatione ſtante, nulla *ex l.* 11. *Cod de pet. hered.* inter duas iſtas actiones differentia effici poteſt. Porro *apud Iaſon. cit. loc in* §. *omnium Inſtitut. de action. num* 99 de hac differentia nihil habetur ſed neque exiſtimat Iaſon. transferri ab eo poſſeſſionem, qui falſum dixit titulum: ſed improbato Bald. qui generaliter hoc affirmauit, ſententiam illius eo caſu admittit, ubi eiuſmodi allegatur titulus, ex quo nulla iuſta poſſeſſio ſequi poteſt: veluti ſi quis dicat emiſſe ſe, & probetur emiſſe à furioſo, quod ſcil. hic poſſideat pro poſſeſſore, quod tamen probandum non videtur, cum etiam contra nudum detentatorem hæc actio detur, & ſi ab eo qui falſum titul. dicit, non aufertur poſſeſſio, nec ab eo, qui invalidum allegauit, auferetur.

LIT. E.

Ex *poſſeſſione dominium.*] Ait ex poſſeſſione dominium de præſenti non de præterito præſumi. Hoc quidem de præcedentibus non cohæret. & ipſum quoque dubium eſt; quia nullus alius iſtius aſſertionis in hac quidem materia poteſt eſſe effectus, quam, vt pro poſſeſſore, eo quod præſumatur eſſe dominus, pronuncietur. Atqui verendum ne verius ſit, actorem non ideo teneri probare, quod reus dominus præſumatur, ſed quod hoc ſit commodum poſſeſſionis, vt nonniſi probanti dominium ſuum res ſit reſtituenda. §. 4. *verſ. commodum*, *Inſtitut. de interdict.* adeoque vt vincat poſſeſſor, non neceſſum eſt, eum dominum vel eſſe, vel præſumi, ſed ſufficit, actorem dominum non eſſe, vel dominium ſuum non probare, neque ſi poſſeſſor dominus non eſt, petitorem dominum eſſe ſequitur, cæterum potior eſt cauſa poſſidentis. vnde eſt quod poſſeſſor nec titulum poſſeſſionis ſuæ edere tenetur, *l. cogi* 11. *C. de petit heredit.* Dicere autem debebat Treut. non quod præſumatur dominium de præſenti, ſed, quod ex poſſeſſione de præſenti, præſumatur dominium. quomodo etiam loquitur Bartol. *in l.* 12 *Cod. de probat. num.* 14. *Caſtrenſ in l.* 2. *Codic. eod* apud quem tamen non extant verba, *de præterito*, quæ etiam ad hanc controuerſiam plane nec pertinent, nec faciunt. quia vt quis hac actione conveniri queat, nihil attinet, eum aliquando poſſeſſorem fuiſſe. Cur 2. Placent. pro diſſ. citat. non intelligo, vt qui teſte Bartol ſimpliciter adfirmavit, ex poſſeſſione de præſenti dominum præſumi: quod & Vaſqu. confirmat, ex hac ratione. quod cum quiſque ſcire debet rem, quæ ſua non eſt, ad aliũ pertinere, nemo tamen malus, ſed potius quiſque bonus præſumatur, quæ præſumptio,

ne quid

Digitized by Google

ne quid diſſimulem firmatur *ex l. 2 C. de probat. in fin.* vbi actore in probatione ceſſante, dominium apud reum manere dicitur: niſi ipſam rem vel poſſeſſionem ibi per *dominium*, ſignificari dicat: quod ibi etiam Acc. annotavit: etenim vt iam dictũ præſumptione vlla dominii opus hic non eſt, ſed ſatis eſt eo, quod actor intentionem ſuam implere non poſſit, vt ipſe ex regula iuris *in l. 4. C. de edend.* abſolvatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Decepti ambiguitate.] Ait, quod Interpp. in explicatione § 1 *Inſtit. de act.* vbi dicitur actionem in rem contra eum, qui nullo iure nobis obligatus eſt dari fuerint decepti, & inter hos *Iohan. Faber. Iaſon. & Zaſ.* adeoque ex ſententia Treut. etiam poſſeſſor rei noſtræ, aliquo iure nobis erit obligatus. Equidem qui expreſſa verba textus ſequitur, deceptus non videtur: cæterum res non videtur difficilis, explicata homonymia verbi, *obligationis*: quæ vel ſumitur proprie pro effectu conventionis aut delicti, quo ſenſu poſſeſſor recte nullo iure dicitur obligatus: vel paulo generalius pro vinculo quocunque quo tenemur aliquid facere vel reſtituere: & hoc ſẽſu poſſeſſor quatenus inſtituto iudicio & probato dominio rem reſtituere cogitur, quodammodo, improprie tamen obligatus dici poteſt: quæ ſententia Zaſij eſt, qui cum hac in re à Dd. ſe diſcedere fateatur, non recte inter diſſ. allegatur, ſicut nec VVeſemb. & Hottom. qui nulla mentione alicuius controverſiæ facta, breuiter & ſimpliciter illum locum interpretantur.

Sive naturaliter, ſive civiliter.] Intereſt hic, quomodo ciuilis & naturalis poſſeſſio accipiatur: ſiquidẽ de bonæ & malæ fidei poſſeſſione, cum Tr. *infra p 2. diſp. 21. th.* 1. nulla etiam ratio dubitandi eſt: verum ita nec doctores allegati, nec textus iuris ſpecies iſtas poſſeſſionis explicant. Videtur autem Tr. hic Dd. ſententiam ſequi, quibus naturalis poſſeſſio ex corpore, ciuilis ex animo æſtimatur, ita quidem vt etiam rei ab alio occupatæ poſſeſſionem animo retineri, & ita civiliter poſſideri exiſtiment. Quo ſane ſenſu falſum puto, hanc actionem dari contra eũ, qui hoc modo civiliter poſſidet. Licet enim Jaſon *in § omnium inſt. de action nu.* 105. communiter teneri tradat, quamuis hoc caſu reſtituentes non poſſit, actioni huic eſſe locũ vt reſtituatur & præſtetur illa ipſa civilis detentio, & cautio de reſtituẽda poſſeſſione adepta interponatur, ea tamen traditio Dd. erronea & falſa eſt, ſicut & eorundem poſſeſſionis naturalis & civilis deſcriptio, de qua *infr. d. p. 2. diſp. 21.* Plane cõtra eum, qui ita poſſeſſionem animo retinet, vt rei corpore apprehendendæ, vbi velit, habeas facultatem, vtique hac actione tenetur: verum hæc non tam poſſeſſionis ſpecies, quam poſſidendi modus eſt, de quo pluribus d. loc. Recte autem apud Treut. licet forte præter eius mentem, quia poſſeſſionem opponit detentioni lit. B. naturalem poſſeſſionem, de quacunque rei incubatione, vt ita loquar, vel etiam de poſſeſſione titulo carente, accipiemus.

LIT. B.

Vel ſaltem detinet.] Sub hanc ſpeciem referendus erat ex litera A. in fine, qui alieno nomine poſſidere dicitur: quia hunc non poſſidere, ſed tantum detinere conſtat, perinde vt commodatarius vel depoſitarius. Eſt autem inter hos & poſſeſſores veros, hæc differentia, quod illi actionem neceſſario non excipiunt, ſed nominato poſſeſſore, quem verbo domini intelligit Tr. evitant, vt recte poſt Dd. *& Iaſon. in § omnium Inſtitut de action num.* 100. *& ſeqq ſubiicit Treut. in fin d lit. A ex l. 2. vbi in rem actio*, ad quem locum Vulteius recte improbat eos qui correctam eſſe putant *l. 9. h tit.* ſed idem male etiam ad creditorem, & peius ad emphyteutam, qui tamen ſolus, dominus autem nullo modo ius poſſidendi habet, conſtitutionem *d. l. 2.* extendit.

LIT. C.

Non tamen contra ſequeſtrum.] Diſtinctionem recipit hæc quæſtio, quod aut quæritur de ipſis ſequeſtrantibus. aut de tertio. In illis negativa ſententia vera eſt, non quod ſequeſter reſtituere nequeat, ſed propter legem ſequeſtri, iuxta quam penes neutrum deponentium res eſſe debet: & cum par vtriuſque ius ſit, neutri præ altero, hæc actio cõcedi poteſt. Alia quæſtio eſt, an tertius contra ſequeſtrem hac actione vti poſſit: de qua videtur accipiendus Treut quoniam de ead. Gœdd. quem Tr. citat & ſequitur, diſputat. Eſt autem hic contra Gœdd. vera ſententia affirmans: quoniam ſi actioni huic locus eſt cõtra quemcunque detinentem, etiam commodatarium vel depoſitarium *l. 9 h. tit.* multo magis erit contra ſequeſtrem. Et falſum eſt quod Tr. cum reſtituere poſſe negat: quia imo poterit non minus, quã depoſitarius vel commendatarius. Nulla igitur ratio eſt Gœd. quod ſequeſter non poſſideat: vel quia hoc ipſum fortaſſis falſum eſt, de quo infra diſp. 26. th. 9. vel quia ex parte cõventi non requiritur vera poſſeſſio, ſed

quævis etiam detentio ſufficit, *d. l. 9. h. tit.*

LIT. D.

Affirmat, quod ſententia lata contra detinentem alieno nomine non præiudicet domino, id eſt, vel poſſeſſori, ne quidẽ in poſſeſſione. Quæ opinio vera non videtur, quia cum detentator ille recte fuerit conventus, *l. 9. h. tit* & adeo iudicium formula à prætore data, *Si paret actorem dominum eſſe, condemna*, recte inſtitutum, fieri non poteſt quin iudicii huius & ſententiæ iuxta formulam pro actore latæ, ſit aliquis effectus. qui plane eſſet nullus, ſi nec in poſſeſſione præiudicium afferret priſtino poſſeſſori. Neque adeo obſtat quod *Bartol. in l. 3. vbi in rem act. num. 17.* movet, rem inter alios actam aliis non præiudicare: vel quia cum iura permittant contra detinentem agi, non poteſt videri res inter alios acta, vel quia non tam fertur hic ſententia contra detinentem, quam potius ſuper iure ipſius rei & dominio actoris. Nec minus commentitiũ eſt quod Bart. ait, iudicem non habere animum alterum ſua poſſeſſione privandi: quoniam cum & actorem dominum declaret, & ei rem reſtitui iubeat, de ipſius animo vix etiam dubitari poteſt, poſſit fortaſſis iudex cautionem exigere à petitore, de reſtituenda poſſeſſione, ſi reverſus potiora oſtenderit iura: ſicut nec dubitem poſſeſſori vero dari hoc nomine actionem contra colonum, qui ipſe actionem excepit, quam nominato autore ſuo evitare potuiſſet, iuxta *d. l. 2. C. vbi in rem act.*

LIT. E.

Recte hic affirmat, quod non ſit opus recurrere ad vtilem actionem. ſi reus lite conteſtata dolo deſierit poſſidere: vel quia alias in poteſtate eſſet eludere proceſſum: vel quia etiam directæ actionis hæc natura eſt, vt iuſſum quidem de reſtituendo præcedat, ſed reus non parens, quanti in litem iuratum fuerit, condemnetur. Sed iniuriam Tr. facit Ioh Fabro qui in loc. cit. expreſsè negat, quod de novo actio vtilis ſit inſtituenda, & hoc ſaltem dicit, quod virtute vtilis actionis fiat condemnatio: quibus fortaſſe verbis Tr. deceptus fuit.

THESIS V.

LIT. A.

Iuris in re aſſerendi.] Scilicet cautionis cuiuſdã loco hoc adiecit Tr. ut. ne iſtos, quibus vtilis in rem actio datur, dominos cogeretur fateri. Verum ſi propter ius in re conſtitutum actio in rẽ daretur, etiam fructuarius vel conductor hac actione experiri poſſent. Et falſum eſt, quod emphyteuta aut vaſallus tantum ius in re per hanc actionem ſibi aſſerant, ſed omnino ipſam rem vindicandi ius habent.

LIT C.

Rationem reddit, ob quam ſuperficiario, vtilis actio detur: videlicet propter vtilitatem publicã, ne ob defectum actionis iure ſuo defraudetur Verum I. nulla hic verſatur publica vtilitas II. ſatis conſuleretur ſuperficiario per vindicationem iuris ſui, qualis pro ſervitutibus introducta eſt: adeoque eum ipſa rei vindicatio ipſi detur, conſequens eſt, eum quodammodo ipſius rei dominum haberi.

LIT. D.

Etiam ad modicum tempus] Probo hanc ſententiam: quia, vt recte Pinell. duriuſculum eſt, vt quod de tempore dicitur in l. ult. ſi ager vectigali. ad tempus longum referatur. Ratio autem, cur hic indiſtincte conductori reipubl. actio in rem detur, nõ tam eſſe videtur fides reipubl. vel principis, quæ affertur à Pinell. quam potius, quod cum alias conductor actione perſonali ad intereſſe contra locatorem experiatur, reſp. & minus commode convenitur, & ipſa hac ratione moleſtia actionis liberatur. Cæterum in privato conductore videtur probanda diſtinctio Dd. inter conductionẽ brevis & longi temporis: quod talis conductor ipſam rem ſpectaſſe, nec conducturus fuiſſe præſumitur, niſi omnino ipſa re frui poſſet, vt ita quod *in l. 1. §. 3. de ſuperfic.* de tẽpore non modico dicitur, non recte à Pinello ad ſuperficiem tantum reſtringatur: quamvis nolim ſimpliciter ſtatuere, ea locatione longi temporis vtile dominium tranſire: ſed dicam, ex ratione prædicta vtilem actionem accommodari, quæ tamen non tam ſit nativa, quod titulus locationis nõ ſit per ſe habilis ad producendum actionem in rem, quam potius datiua, *arg. d. l. 1. §. 3. de ſuperfic.* vbi cauſa cognita actio in rem conceditur à Prætore: de quo pluribus inf. diſ 29. Ex quo efficitur, non ſatis bene conductorem cum Vaſallo & emphyteuta hac in re coniungi.

Qui longo tempore præſcripſit] Hoc iure novo admitto, poſtquã Iuſtin. vſucapionẽ trãsformauit, & huius præſcriptioniſque iura confudit: exteroquin ante qui rẽ præſcripſerat, non niſi vtili actione poterat experiri: *de quo agitur inf. diſp. 22.* interim v. opiniones Dd relatas à *Bald. de præſcript. p. 2. pr. qu. 2.* quorum hoc non caret ratione, quod ei qui ſine bona fide 10 annis rem præſcripſit, vtilem tantum actionem concedunt.

Vtili

Vtilis & ei accommodatur.]Circa vitium omitti nõ potuit, quod longo alio ſenſu vtilis actio dicitur, quæ datur emphyteutæ vel vaſallo, & quæ ex ceſſione domini acquiritur, non ex *l. 9. Cod. de petit. hered.* ſed ex conſtitutione nova, *Iuſtin. in l. vltim. Cod. de hered. vend.* vbi mihi valde ſuſpectum eſt, quod Iuſtinian. certi iuris eſſe dicit, quod etiam emptori actionis in rem actio vtilis concedatur: quoniam actionis huius cauſa dominiũ eſt, quod ex conventionibus non quæritur: idque etiam Accurſ. movet: & ratio Iuſt. quod actionis verbum generale ſit, principium petit: quia hoc ipſum in quæſtione, an de omni actione prædicari poſſit, quod ea ceſſa vel vendita, vtiliter agendi ius transferatur. Cæterum illud cautione eget, quod ait, vtilem dari ei qui ex ceſſione actionem in rem adquiſivit: ſiquidem ceſſionatius qua talis actione directa vtitur, ſed ex perſona cedentis, vtilis autẽ actio nomine proprio movetur: & ita ius eſt, vt qui nomen emit, mandatis actionibus directis ex perſona cedentis, cæteroquin vtilibus ex ſua perſona experiri poſſit, quod docet *d. l. vlt. C. de hered. vend. iunct. l. 18. C. de legat. l. emptor. ff. de hered. vend. l. fin. de tranſact. l. 1. C. de obl. act.*

Lit. E.

Item vero domino.]Cum dixiſſet, vtilem actionem dari emphyteutæ, vaſallo, &c. ſubiicit, etiã dari vero domino contra eũ qui dolo deſiit poſſidere. Ubi aut verba, *vero domino*, ſupervacua ſunt, aut continent oppoſitionem ad vaſallum & emphyteutam, quaſi his contra eos qui dolo poſſidere deſierunt, actio vtilis nõ detur. Quod verum non videtur, cum quoad effectum agendi, dominorum hi inſtar ſint: & iuris ſit, vt quod præſtitum eſt ab eo qui dolo poſſidere deſiit, non liberet poſſeſſorem, neque illi cedendę ſint actiones *l. 67. de rei vind.* cum doli ſui patiatur pœnam. facit *l. 13. §. vlt. de petit. hered. & l. 95. § de ſolut.*

Lit. F.

Etiam ante litem conteſtatam.]Parum ſubtilis videtur hæc ampliatio: quoniam ſi poſt litẽ conteſt. poſſidere deſierit, actio non dari ſed continuari dicitur. Sed Tr. his verbis improbare voluit ſententiam Jaſ. & Zaſ. qui iſto caſu, vbi ante iudicium ceptum reus poſſidere dolo deſiit, actionem vtilem negant, de quo actum eſt ſupra *diſp. 11. th. 18.* Illud quoque nõ bene Tr. quod confuſe tractat de actione quæ dicitur vtilis ex perſona agentis, & quæ ita dicitur ob perſonam rei conventi vel conveniendi.

THESIS VI.

Lit. A.

Si iudicialiter.]Paulo laxius vtitur hoc verbo: & intelligendus eſt confeſſus in iure, quia poſt litem conteſtatam in iudicio facta confeſſio, nõ poteſt fundare actionẽ. Quod autẽ vtilem tãtũ contra hunc actionem concedit, ex eo dubium fit, quod cum directa & vtilis fere formula differant, vtique haud dubio directam hoc caſu formulam & actionem petit & impetit actor, vt qui offerentem, pro poſſeſſore habet, adeoque etiam eum tanquam poſſeſſorem convenit. Quod ſi enim illum non poſſidere ſciat, ipſe Treut. actioni locum eſſe neget: quod tamen limitandum eſt, niſi oblatione ſua fecerit ne ab aliorem peteret *per l. 25. 26. & 27. in princip. h. tit.*

Lit. C.

Ait hanc actionem etiã dari in heredes, ſi rẽ poſſideant, & lis cũ defuncto fuerit conteſtata. Equidẽ poſteriori caſu actio non tã dari, quam continuari dicenda eſt. Priori autẽ non tanquã hæredes, quia hæc actio perſonalis non eſt, ſed tanquam poſſeſſores rei, conveniuntur. Jllud etiam de caſu litis conteſt. nimis generaliter affirmatur, cum præſertim ei opponatur caſus hæredum poſſidentium: ſiquidem hæres non poſſidens abſolui debet *l. 42. h. t.* vt proinde tũ demum, vbi defunctus dolo deſiit poſſidere, huic ſententiæ locus eſſe videatur, *arg. d. l. 42.*

Lit. D.

An & is qui mea pecunia.] Poſt exempla propoſita eorum, qui vtili actione tenentur, ſubiicit hic quæſtionem, an qui mea pecunia ſuo nomine rem emit, illius emptæ reſpectu teneatur. Vbi ſi verba ſequimur, quibus hæc quæſtio cõcepta eſt, manifeſto falſa efficitur ſententia: ſiquidem, cum quæſtionem Tr. negat certum, tamen eſt, quod hic ipſe qui rem emit, & traditam ſuo nomine accepit, non vtili, ſed vel maxima directa in rem actione conveniri poſſit. Sed nimirum quod allegata docent, hoc quærere voluit Treut. an illi cuius pecunia res empta fuit vtilis in rem actio concedatur: vt adeo hęc quęſtio pertineat ad th. præced. neque tantum de emptore, ſed quocunque poſſeſſore quærẽdum eſt, an ei cuius pecunia fuit, actio concedatur: quia etiam vtilis in rem actio, non perſonam, ſed rem perſequitur.

Diverſum in milite.]Videlicet militiæ armatæ: quod omnes *ad l. 8. C. h. tit.* Interpp. tradunt, nec quiſquam eorum hoc ad advocatos porrigit:

 ſed

Digitized by Google

ſed in eo aliquos diverſos fuiſſe ex Caſtr. & Sichard apparet, quod hoc ad milites actu militantes teſt. inxerunt, communis autem idem in veteranis ſtatuitur.

Neque ad minorem.]Sequitur hic Antoni Fabr. quem à communi Schola bene recedere dicit: alias verba illa, *voluit Anton. Fabr.* etiam ita accipi poſſent, vt Fab. diſſentire intelligeretur. Mirari autem licet, quod Fabr & Tr. non viderint textum à Gloſ & Dd. adductum *in l 2. quando ex facto tutoris*, quæ manifeſto pupillo & minori rei ex pecunia ſua emptæ concedit vindicationem. Neque minus favorabilis pupilli vel minoris, quam militis ratio eſſe debet: quin imo ab illis ius hoc ad militem translatū oſtēdit. *l. ſi pecuniam 26. de reb. cred iunct. d. l. 2. quando ex facto tut.* Neque obſtat *l. idem ff. qui potiores* ex qua pupillus in re pecunia ſua empta hypothecam habet, res autem mea obligata mihi eſſe nequit. Etenim reſpondetur, vel quod electio pupilli ſit, an perſonalem actionem, & eius nomine hypothecariam, an vtilem vindicationem exercere velit: vel potius intereſſe, an res ab extraneo pecunia pupilli empta ſit, quo caſu tantum hypothecæ jus habeat, an ab ipſo adminiſtratore, tutore vel curatore: quo modo indefinitam Gloſſ. aſſertionem, quæ deciſionem *l. 8. C h. tit.* etiam in pupillo, & minore ſtatuit obtinere, diſerte limitant Cyn Bart. Caſtren & Sichar *in d. l 8.* Nec in obſcuro eſt differentiæ ratio: quod adminiſtrator ex officio rē emiſſe præſumitur, & favore perſonarū ſpectamus non tam quid adminiſtrator verbis expreſſerit, quā facere debuerit.

An idem iure dotali]Cum recenſuerit perſonas, militē, advocatū minorē, minus commode ſubjicitur quæſtio de re dotali, quæ ita potius formanda erat: an idem ius haberet vxor, ſi pecunia dotali res à marito fuiſſet cōparata. Eſt autem quæſtio hæc ab hoc loco paulo alienior, eiuſq; propria ſedes *infr. p. 2. diſp 7 th. 9* eſt plane circa eā divinatoria ſentētia *Fabri 5 coniect 9 accipiētis l. 54. de iur. dot.* de re, nomine mulieris empta, & vel ideo improbanda, φ hoc caſu, nō dotalis, ſed pleno jure vxoris efficeretur. Donelli ſententia ad rationē iuris noui, φ mulieri ius vindicādi res dotales etiā æſtimatas cōceſſū eſt, probabilior eſt: cæterū ob rationē iuris veteris, quo vxori tantū perſonalis actio pro dote dabatur, *arg. l. 1. de fundo dot.* minus vera, & in eo labitur Donel. dū *l 12. Cod. de iur dot* de dominio mariti dotali explicat, cū tamen in ea lege tantū perſonalis actio vxori concedatur, quā rētari poteſt, etiā ad ipſas res pecunia dotali comparatas pertinuiſſe, eoq; reſpectu iuriſconſultum *in d. l. 54. de iur. dot.* dotales eas fieri dixiſſe. Rectius *ſane Dd. Cyn Bartol. & Caſtrenſ.* vtilem tantum vindicationem in ſubſidium ſi maritus ſolvendo non ſit, concedunt: *de quo pluribus p. 2. diſput 7. th 9.*

THESIS. VII.

LIT. A.

Quid ſi reus ſine dolo.] Ait ſi reus ſine dolo rem amiſerit, vel caſu fortuito perierit, abſolvendū eſſe. Illud fortaſſe rectius ſub *th 5 lit. F* propoſitum fuiſſet: cæteroquin verbo abſolutionis latius vti videtur: quoniam de vtroque caſu litis conteſtatæ & non conteſtatæ agendum ſit, illic quidem abſolui, hic autem liberari proprie dicitur reus.

LIT. B.

Quæſtio hic propoſita, an naturalis interitus rei ad debitorem pertineat poſt moram, ab hoc loco paulo alienior eſt. de qua etiam tractatur infra *diſput. 20 th 14. & part. 2. diſput. 3. th. 8.* vbi propria eius ſedes. Cæterum diſtinctio Dd. inter actiones perſonales & reales, vt ſc. in illis facilius & citius periculum ſit debitoris, duplici ratione nititur I quia cum ſententiæ illius quæ debitorē periculo aſtringit, hæc ratio ſit, quod mora perpetuet obligationem ea, non ad reales, quæ ex obligatione non ſunt, *§. 1. Inſt. de act.* ſed proprie ad perſonales pertinet, de quibus etiā nominatim loquitur *l. 108. §. 11 de legat. 1. l. 12. § 1 depoſiti l. 23. 82. § 1. & l 127. de V. O. II.* quia cū dominium, cuius probatio difficilima, in incerto ſit, & vt maxime de ſuo iure dubitet poſſeſſor non tamen protinus petitorem dominū eſſe ſequatur, non debuit ille protinus ius ſuum indefenſum relinquere, vt dicitur *in l illud. 40 de pet. hered.* quod ſecus in actionibus perſonalibus, quæ ex conventionibus cum ipſo debitore initis deſcendunt. Diſtinctio autem Treut non videtur ſatis rem expedire: quia aut per moram intelligitur quævis dilatio; & non æquum eſt reum teneri, ſi iuſta differendi cauſa fuit vt maxime actor diſtracturus fuiſſet: aut fruſtratoria dilatio & iniquum eſt reum abſolui, vtcunque actor diſtracturus non fuiſſet. Hottomanni inter eum qui fruſtratur, & ſimpliciter differt ſolutionem improbabilis diſtinctio eſt illuſtr. q 30. Quin exiſtimari poſſit, quod proponitur a Iuriſconſultis de actore diſtracturo, ſententiæ illius, qua ad debitorem periculum rei poſt morā pertinere dicitur, non tam limitationem continere, quam rationem *arg. l. 47 §. vlt. de legat.*

E. VT.

r. vt videlicet ideo teneatur reus, quod actor rem reſtitutam diſtrahere potuiſſet, eoque ipſo exceptionem rei, quod res eod modo penes ipſum actorem peritura fuiſſet, elidere poſſit & reſtringere: ſiquidem alias illud, diſtracturum fuiſſe, certum non eſt: *ſed de his pluribus d. part. 2. diſputat. 3.*

Vbi recte excipit furem.]Cur ab hac diſputatione fur & raptor excipiendi ſint, hãc rationem reddit Tr. quod in reſtituendo faciant moram, eoque ad ipſos, ſemper rei interitus pertineat, quæ ratio, ſtante præmiſſa Tr. diſtinctione, vt nec poſt moram periculum ad debitorem pertineat, ſi actor rem diſtracturus non fuiſſet, concludere non poteſt: quod iuxta illam diſtinctionem mora ſola non ſufficit ad debitorem periculo rei aſtringendum. Verum hoc in fure & raptore ſpeciale noſtro iure traditur, quod hi ex re ipſa moram facere intelliguntur, eoque tenentur, etiamſi citra vllam interpellationem res perierit. Ex quo tanto magis confirmatur, quod regulariter poſt moram periculum rei pertineat ad debitorem: ſicut ex aduerſo in creditorem, qui rem opportune oblatam non accipit, periculum transfertur: de quo in diſp. de mora.

THESIS VIII

LIT. B

Niſi forte res ſacra.] Ponit hoc exceptionis loco ad regulam, qua res commercio exemptas, & ita etiam ſacras vindicari poſſe negauerat. Parũ ſubtiliter: quoniam Epiſcopus vel œconomus res ſacras iuxta *l. 21. Cod. de SS. Eccleſ.* non iure dominij ſibi vindicat, ſed ab alio occupatas, vſibus Eccleſiæ aſſerit: licet etiam hic inter res quæ recta cultui diuino dedicatæ ſunt, & quæ forte ad alimenta Clericorum pertinent, v. cauſ. prædia Eccleſiaſtica ſit diſtinguendum.

Vnde obiter deduci poteſt.]Plane alienum hoc eſt, quod de poteſtate patria hic inſeritur. Et tamen haud ſcio, an ſatis excuſari poſſit Iuſtin. poteſtatem patriam ſimpliciter iuri ciuili adſcribens: vel quia eam ex iure gentium omnino eſſe conſtat; vt diu ante Bod. docuit Ariſt. 8. Et hic 10. & 1. Polit. 1. patrifamilias tanquam principi omnes partes & membra familiæ ſubiecta eſſe: vel quia *arg. §. 1 tit. 7 lib. 1. Inſtit.* ratione cauſæ efficientis poteſtatem patriam & dominicam inter ſe opponere voluiſſe videtur. Et ſane quod iure ciuili ſpecialis aliquis modus petendi liberos introductus eſt, non ob id ipſa ſtatim poteſtas ad ius ciuile referenda eſt, cum præſertim a potiori denominatio fieri debeat.

Ex lege Quiritium.] Qua ſcilicet adiectione diſtinguitur ab alijs remedijs quibus liberi a parentibus petuntur *l. 1. §. 2. h. t.* Puto autem illis verbis reſpicere ad ius antiquum poteſtatis patriæ, quod dominicæ fere æquale ex l. Romuli, parentibus datum fuit: ſimul etiam quod intelligatur, vindicare liberos, non ſicut res alias, ſed iure poteſtatis Romanæ: vt proinde ieiuna ſit argutia *Ant. Fab. in iur. prud. papin. tit. 8 pr. 6 illat.* quaſi neceſſe ſit adijcere cauſam poteſtatis vindico filiũ quia eum ex iuſtis nuptijs procreaui.

LIT. E.

Non tignum alienũ ædibus iunctum] Non intelligo, cur appellet tignum alienum, cum tamen ſit tignum meum ſed ædibus alienis iunctum, quomodo fortaſſis loqui voluit Treut. vel eo reſpexit, quod quatenus vt pars ædium conſideratur, alteri acquiſitum videtur. Hoc ſc. vindicari non poteſt *l. 6 ad exhibend. l. 23 §. 6. de rei vind. § cum in ſuo 29 Inſt. de rer. diuiſ. l. 1. de tign. iunct.* niſi ab eo qui ſciens iũxit tanquam dolo deſierit poſſidere *d. l. 23. §. 6.* non ad effectum tradendi, ſed vt quanti in litem iuratum fuerit præſtare teneatur: quo referenda erit *l. 98. §. vlt. de ſolut.* Concurrit autem hoc caſu actio de tigno iuncto in duplum *d. l. 1. de tign. iunct.* quæ an etiam contra bonæ fidei iungentem detur, & an hic eximendo, & offerendo tignum condemnationem duplicem vitari poſſit *infra part. 2. diſp. 20. th. 9.*

Ne ruinis deformaretur ciuitas §. VVeſemb. pro diſ. citatus *in § cum in ſuo inſtit. de rer. diuiſ.* illam magis rationem probet *qua in d. §. proponitur*, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Poteſt tamen vtraque coniungi: vt Leo XII. tabb. & commodum publicum, & priuatum ſimul ſpectauerit: quod ſequente forte exemptionem ruina ædium, & vrbs deformetur. & nimis graue damnum iungenti inferatur: cũ ſufficere debeat domino rei, ſi duplum conſequatur: facit quod in tigno vineis iuncto, vbi nullum deformationis periculum, idem ſtatuit L. XII. tab. Ex eo autem quod hac litera de tigno iuncto & in ſeqq. ampliando & limitando diſputat Treut. apparet, ab eo confuſim hæc tractari & res quæ natura ſua vindicari nequeunt, cum alijs, quæ ſpecialibus caſibus, & cauſis, vel a certis perſonis vindicari nõ poſſint, male coniungi.

LIT. F.

Non peculium.] Opponitur peculium ita gregi, qui ſub appellatione illa recte vindicatur: quod ſecus in peculio, quod diuerſiſſimas plane res comprehendit, quæ ſingulæ vindicandæ

Digitized by Google

ſunt *l. E 6. h. t.* ex qua ſimul apparet, vitioſam eſſe quæ a Tr. redditur rationem, quod nomine peculij ſpecialis actio prodita ſit *de qualib. 15. tot. ti. de pec.* quia illo loco non de actione qua peculiũ vel legatum vel alias petatur aut vindicetur, agitur, ſed de actione ex contractu ſerui peculio tenus contra dominum danda.

LIT. G.

Nec ager militibus aſſignatus.] Inſubtilis plane hæc, quia & falſa limitatio eſt: quia vtique miles, cui aſſignatus eſt poſſeſſione amiſſa eũ vindicare poterit: ſed rationis eſt, vt non poſſit vindicare eum agrum priſtinus poſſeſſor, cui per aſſignationem illam militi factam princeps dominium voluit eſſe adeptum.

LIT. H.

At bene res præſcripta.] Eiuſdẽ farinæ hæc ampliatio eſt, quippe quæ etiam pro limitatione poni potuiſſet reſpectu priſtini domini: eum ea ſit vis præſcriptionis, quæ aſſignationis à principe factæ. Cæterum iam ſupra th. 5. monuimus, quod ex ratione iuris veteris inter præſcriptionem & vſucapionem ſit diſtinguendum: quod illa tantum exceptionem & ad ſummum vtilem actionem producebat.

LIT. K.

Licet contra eum agatur.] Zaſ. citato loco in parat. hic nominatim agit de præſcriptiõe: & Balb. *p. 2. prin. quæſt. 2. n. 8.* de eo qui 30 annis ſine titulo præſcripſit: & cum poſſeſſor ſine titulo vel cum mala fide, non modo aliquo adquirendi, ſed tantum temporis exceptione defendi videatur, fortaſsis difficultet contra ipſum dominum actio ipſi concederur: *de quo agitur inf p. 2. diſp. 22.*

THESIS IX.

LIT. B

Vel apud iudicem domicilij] Singularis hic eſt Donellus, qui tantum in loco rei ſuæ actionem in rem moueri poſſe contendit: *de quo actum ſupr. diſput. 3. th. 1.* Illud plane plus habet rationis, vt res mobilis, quæ de loco in locum transferri poteſt, etiam in loco domicilij vel etiam vbi extat, petatur, ſi modo ita in eo loco extet, & ei fini, vt ibi manere debeat: quæ Bartol. male à Tr. lit. C. in fin. improbata ſententia eſt, *in l. vlt. C. vbi in rem actio num. 1.* vbi ait mulum, qui à mulione per aliquam ciuitatem agitur aut ducitur ibi non recte vindicari.

THESIS X.

LIT. A.

De ancillæ partu] Impertinenter omnino hic immiſcetur quæſtio de partu ancillæ, an ſit in fructu: quod negatur *in l. F. 8. de vſufr. & infr. & in §. in pecudum 38. Inſtitut. de rer. diuiſ.* quibus obiicit Tr. *l. 14. de vſur.* ita vt videatur probare ſententiam Copij, hos textus inter ſe conciliati: nõ poſſe. Sed ſc. animaduertendum eſt *quod in d. l. 68.* proponatur quæſtio de iure fructuarij, *in l. autem. 14. de vſur.* proprietas ancillæ legata eſt. Quoad effectum vt partus fructuario acquiratur, in fructu non eſt: ſicut & in eo diuerſa eius ab alijs fructibus ratio, quod non perceptione, ſed vſucapione à bonæ fidei poſſeſſore acquiritur *l. 4. §. lana 19. de vſucap.* Cæterum ſi de dominio ancillę quæras & de alijs quibuſdam effectibus partus fructus iure eſt, & fructum conditionem ſequitur: v. c. in reſtitutione fideicõmiſſi, *de qua inde l. 14.* quæ etiam videtur ſententia Cuiacij *in l. 4. de vſuca. verbis, ſi defuncti.*

LIT. C.

Si iuſſus nolit.] Ait ſi iuſſus nolit, aut dolo faciat, quominus reſtitui poſsit, auferri rem manu militari. Atqui quod reſtitui nequit, auferri etiam non poteſt; neque enim hic Tr. de executione ex ratione iuris noui contra tertium, ſed contra ipſum reum facienda tractat.

LIT. D.

Aut quantum aduerſarius.] Duo hic membra proponit: quod aut auferatur res manu militari, aut condemnetur reus, quanti actor in litem iurauerit. Quæ oppoſitio minus videtur accurata. I. Quia etiam aliquãdo condemnatio fit quanti res eſt, ſi actor iurare nolit. *l. 71. h. tit.* II. Quia condemnatio ad rem ipſam, debet conferri cum condemnatione ad æſtimationem; manus autem militaris non condemnationem ſed executionem habet: licet ita habeant verba *l. 68. h. t.* Et hinc III. Quia ſi rationem conſulimus iuſſum iudicis non ſtatim manus militaris, ſed ſententia de reſtituendo ſequi debet: vel quia alias iudex officio ſuo, quod in abſolutione vel condẽnatione conſiſtit, fructus non eſſet: vel quia iudex pedaneus manum militarem non habet, fieretque ita contra rationem iuris, & contra formulam à prætore datam, vt index non lata ſententia definitiua partem remitteret ad prætorem. Quæ cum ita ſint, & tamen ita vt Tr. ſcriptũ ſit *in l. 68. h. t.* probabilis videri poſsit *Ant. Fa. ſent. l. 15 coniect. 1.* exiſtimantis locum illum à Tribon. corruptum eſſe. Niſi quis dixerit, minus ibi ſcripſiſſe quam ſenſiſſe ICtum, hoc videlicet, vt ſententia definitiua de reſtituendo præcedat. Sed hic iterum obſtat, quod actionum arbitrariarũ ea natura perhibetur, vt iuſſum præcedat, cui ſi non pareatur, condemnatio ſuper alio

alio quopiam ſequatur: velut in actione quod metus cauſa ſi res non reſtituatur, in quadruplum: in rei vindicatione, quantum in litem iuratum eſt, condemnatio fieri debet. Et fatendũ ſane eſt fuiſſe hanc ordinariam procedendi rationem, cæterum ex contumacia graviori, & ubi fortaſſis rem ipſam haberi plurimum actoris intererat, aliquando quaſi extra ordinem ad ipſam reſtitutionem rei poſſeſſorem condemnari potuiſſe, non adeo abſurdum videatur: de quo fortaſſis alibi plenior erit dicendi locus.

In infinitum.] Hac de re, de moderatione taxationeque iudicis præcedente vel ſubſequente, *agitur inf. diſp. 21. t. 11.* Interim ſententiæ iſtius hæc ratio addi poteſt, quod dominus quaſi invitus rem ſuam vendere cogitur. Ratio autem Tr. quod propter latam ſententiam reus amiſerit beneficium ſolvendi quod intereſt hoc nomine notari poteſt: quod reus iam ante ſententiam, ſtatim vbi actori iuramentum in litem delatum eſt, hoc beneficium amiſit: tum etiam quod poſt ſententiam fruſtra quæritur de præſtatione alterius, quod neceſſitas parendi ſententiæ euitetur; ſed & in hac actione non intereſſe, ſed ipſa res petitur, quæ ſi non præſtetur, ex ratione iuris condemnatio fit in æſtimationem, vel veram, *l. 61 de rei vind.* vel iuramento taxatã, quod propter contumaciam rei non reſtituentis defertur actori, & quo iuramento proprie loquendo facultas præſtandi rem ipſam reo adimitur, quod iudex iuramentum illud ſequi in iudicando teneatur.

Hic tamen notandum.] Nihil neceſſum erat, hoc de impenſis monere, quod ſatis traditum erat diſput. præced. th. ult. cæterum illud vere dicitur, fatuum eſſe, qui rem reſtituit non deductis impenſis: quoniam, vt notatum ad d. th. ult. amiſſa poſſeſſione, ad conſequendas impenſas actionem non habet.

THESIS XI.

Lit. B.

Sive titulum habet ſiue non.] Diſtinctio Gloſſ. hæc eſt, quod hic demum malæ fidei poſſeſſor, qui titulo caret, etiam de fructibus percipiẽdis, ceteroquin titulum habens tãtum de perceptis teneatur, *per l. ſi fundum 17 C. h. t.* ad quam vulgata reſponſio eſt propoſita etiam à Vult. *1. diſc. ſchol. 10.* quod argumentum à contrario ſenſu, maxime ex legibus Cod. nullas habeat vires, vbi textus extant contrarij: Iſta tamen gl. diſtinctio non probatur à Dd & Cyn. *in l. B. 1. C. h. t. n. 4 in fin* malæ fid. poſſeſſorem etiam cum titulo, de percipiendis fructibus teneri tradit.

Lit. C.

Relatio ad petitorem fiat] Videlicet ſi fructus præſtentur, quos ipſe petitor percipere poterat. Neque hinc Bart. ſed hinc diſſ. Cyn. *qui in l. 22. C. h. t. nu. 6. q. 1.* relationem vult fieri ad poſſeſſorem, extra vnum caſum, quo hic fuit interpellatus)male allegatus diſſentit, ſed *in l. & ex diverſo. 35 h tantum 4.* tantum excipiat caſum, quo res ab aliquo petitur, alio quam dominii iure. Non tamen erat, quod Bartolus moveretur *per l. domum 5. C h. t.* vel quod ibi etiam iure dominij res petita videtur, niſi quis tanquam contra ſine titulo poſſidentem hereditatis petitione actum fuiſſe proponat: vel quia regulariter ead. ratio percipiẽdorum fructuum poſita paritate perſonarum, in petitore & in poſſeſſore intelligitur: vt proinde Imp. licet *in d. l. 5* poſſeſſore loquatur, non tamen propterea relationem ad petitoris perſonam faciendam eſſe neget, *vide etiam Br. in d. l. domum Cod. h. t. & ibid. late Salic. n. 4.*

Lit. D.

Non niſi extantes.] Textus eſt *in l. 22. C. h. t.* quẽ Donell. male interpretatur de fructibus ad huc pendentibus: quoniam hi tanquam pars fundi, cum ipſo fundo ſine dubio veniunt reſtituendi. Et ſententia eius quod naturalis poſſeſſor induſtriales fructus ita faciat ſuos ut nec extantium nomine teneatur, hactenus reperit aſſertorem. Ratio eius fere vnica eſt, quod fructus illi ipſa perceptione facti ſint bonæ fidei poſſeſſoris, & quidem vt eſt *in l. 28. de vſur.* pleno iure: vt proinde ipſi auferri non debeant: quæ ratio eſt acquirendi modorum, vt dominus ſemel factus, dominus maneat, neque citra factum ſuum dominium ab ipſo avocari poſſit: idque firmatur *ex l. 4. §. 19. d. vſucap.* vbi dicitur lanam detonſam ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris, nec uſucapi debere: vt adeo perceptio ipſe tantum quantum vſucapio præſtare videatur. Sed huic argumento duplex parata eſt reſponſio. I. quod bonæ fidei poſſeſſor dicitur fructus ſuos facere ad hunc effectum, vt eos conſumere, & conſumptos citra metum reſtitutionis lucrari poſſit: quod alias qui dominus non eſt ius retinendi libere, eamq; conſumendi non habet. II. quod ſtatim & pleno iure fructus dicitur ſuos facere oppoſitive. v. c. ad partum, qui cum in fructu non ſit non niſi per vſucapionem acquiritur: quod ſecus eſt in fructibus, qui ſola perceptione acquiruntur *l. 4. §. 19. d. vſucap. l. 28. §. 1. d. vſur.* Et poſtquam

igitur

igitur receptū eſt, vt perceptio modus ſit acquirendi fructus, & gradus dominij nulli ſunt, ſed cuiuſcunq; rei dominus ſū, eius plenus dominus intelligor, inde fructus etiam ſtatim pleno iure bonæ fidei poſſeſſoris effici dicūtur. *d. l. 28 in pr.* Accedit & ll. ꝗ *in pr. de acquir. rer. dō.* fructus *int.* bonæ fidei poſſeſſoris fieri dicuntur. Et nimirū percipiuntur illi iure dominij vel veri, vel præſūpti, quale eſſe dici poteſt in bonæ fidei poſſeſſore, qui dū de alio domino nō conſtat, propter bonam fidem & titulū, interim domini loco habetur, & durante adeo illo ſtatu omnes omnino fructus ſuos facere creditur. Atquin conſideramus caſum mutati huius ſtatus, & quatenus vero domino rem euincente poſſeſſorem dominū non fuiſſe probatum eſt, jam quaſi retro fructus non ſuos feciſſe cenſetur, ſublataque adeo cauſa, & ſuccedente regula iuris, quod ex re mea notum eſt, meum eſſe, merito extantes fructus vnacum ipſa re euicta ſunt reſtituendi: & ſola remanens ratio culturæ & curæ, infirmior eſt, quam vt bonæ fidei poſſeſſori, ad retinendos fructus, niſi quatenus in culturam impenſum eſt, poſſit patrocinari. Conſumptorum autem nomine ne teneatur, æquitas ſuadet & ratio, quod illo tempore percepti & conſumpti ſunt, quo adhuc ius illud bonæ fidei poſſeſſoris in integro erat.

LIT. E. & F.

Traditur hic loco regulæ hæc propoſitio bonæ fidei poſſeſſoris perceptos & conſumptos, tam naturales quam induſtriales fructus fieri. Quod paulo confuſius proponitur. Tria autem explicanda ſunt 1. quid ſit percipere 2. quid ſit bonæ fidei poſſeſſoris fieri. 3. ſitne ead. ad diuerſa fructuum perceptorum & conſumptorum, naturalium & induſtrialium ratio, tum quoad acquirendum, tum quoad reſtituendum. Quod ad primum attinet, differentia hac in re traditur inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium *in l. 25. §. 1. verſ præterea d. vſur. l. 13. quib. mod. vſusfr. amit.* quæ dupliciter accepta eſt ab antiquis interpretibus, vt referunt. Cyn. *in l. certum, 22. C. h. t. nu* 1. Bart. *in l. ex diuerſo 31. ff. eod.* quod alij etiam ſolam ſeparationem in fructuario ſufficere exiſtimarunt, modo ab ipſo vel ab alio eius nomine fructus à ſolo fuerint ſeparati, bonæ fidei autem poſſeſſoris effici fructus à quocunque tandem ſeparati fuerint: alij vero in bonæ fidei poſſeſſore ſimplicem ſeparationem ſufficere, in fructuario inſuper actum aliquem vlteriorem collectionis aut auectionis requiri ſtatuerunt, quorum ſententia magis probanda videtur, *ex d. l. 13. in fin. quib. mod. vſusfr. amit.* Quod ad alterum attinet dicitur aliquid fieri alicuius abſolute & perfecte, citra vllum metum auocationis; aut non omnino perfecte ſed reuocabiliter, vt loquitur Cyn *in d. l. 22. C. h. t. num. 5. in fin.* Poſteriori ſenſu ſola etiam perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris. *l. 4. §. 19. de vſucap. l. 28 in princ. d. vſur.* Priori ſenſu bonæ fidei poſſeſſoris dicuntur fieri conſumptione, quod ICti vocant lucrarj. *l. 4. §. 2. fin. regund.* Ex quo apparet non recte hac phraſi ipſius fieri vſum Tx. quoniam quod limitatio ſubiecta *niſi locupletior factus ſit*, oſtendit, per eam, plenariam omnimodo & perfectiſsimam acquiſitionem, contra vſum iuris intelligi oportet. Sequitur tertium ꝗ difficiliorem habet tractationem. Et de induſtrialibus conuenit inter Dd. quod percepti fiāt bonæ fidei poſſeſſoris, ſed reuocabiliter, vt loquitur Cyn. *in l. 22. C. h. t. n. 5. in fin.* vt ſcilicet extantes reſtituat, lucretur autem conſumptos. De naturalibus controuertitur inter Dd. qui communiſsime fructus naturales bonæ fidei poſſeſſoris fieri negant *per l. fructus 45. d. vſur.* neotericos quoſdam VVeſembecium, Fabr. Vultei. à Trentl. citatos, qui affirmant *per l. 28. in princip de vſur. l. 48. in princ. de acquirend. rer. domin.* Reſpondent hi varie ad *dict. l. 45.* Alij etiam bonæ fidei poſſeſsorem ſine titulo reſtringunt *Alb. Gentil. 4 lect. 19.* quæ olim fuit ſententia *Oldrad. referente & probante* Bartol. *in l. ex diuerſo 35. hoc ait.* Julius Pacius *ad l. 2 C. de condict. ex lege.* inter poſſeſſorem titulo lucratiuo, & oneroſo. Anton. Fab. *4. coniect. 17.* emendato textu, legit, *ſicuti cuiuslibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Eam explicationem argutam appellat Vulteius, ſed oppido quam concinna mihi videtur: vel quia per ſe incongrua locutio eſt, fructus non fit eius, ſicut cuiuslibet bonæ fidei poſſeſsoris: vel quia ſubiecta ratio, quia non ex facto eius naſcitur, emendationem illam reſpuit, & ea ratio etiam bonæ fidei poſſeſſori conuenit: vel denique, quod maritus propter voluntatem coniugis donantis, recte cum bonæ fidei poſſeſſore fructuum reſpectu comparatur, hactenus videlicet, quod vterque non naturales ſed induſtriales perceptione facit ſuos; in alijs etenim diuerſa vtriuſque ratio eſt & melior coniugis, qui nec de induſtrialibus extantibus tenetur, quoniam non cenſetur coniux propterea factus locupletior, quod ſecus eſt in bonæ fidei poſſeſſore Goueā, *2. varia. l. 15.* diſtinguit inter perceptionem

tionem & conſumptionem, qua demum, non vero illa fructus naturales bonæ fidei poſſeſſori acquirantur. Verum cum quærimus, an fructus fiant poſſeſſoris necne, de perceptione eorum quærimus, *arg. d. l. 28. & l. 25 § 1. de vſur. l. 48. de acquir. rer. dom. Vulteij denique 1. diſcept. ſcholaſt. c. 20.* ſententia. *qui l. 45. de vſur.* accipit de poſſeſſore qui aliquando bonę fidei fuit, nō diuinatoria tantum, ſed a verbis etiam & mente Iuriſconſulti prorſus aliena eſt. Etenim, vt illam ſtrictim confutemus, qualitas quæ à ſubiecto diſceſsit, maxime poſtquam noua & contraria ſuperuenit, non niſi falsò aut inepte de ſubiecto prædicari poteſt: & hac explicatione admiſſa inepta eſſet decidendi ratio, ob quam non faceret fructus ſuos, *Quia non ex eius facto naſcerentur*: inde enim fructus naturales eius eſſe cum neceſſario conſequatur, vtique malæ fidei poſſeſſori nullus omnino fructus adquiri conſtat: facit, quod cōparatur cū eo poſſeſſore, qui licet titulo ex iure ciuili inhabili voluntate domini tamē poſſidet. Et videamus igitur, an non Dd. ſententia probabiliter defendi poſſit, cum Neotericorum opinionem ingens illa varietas ſuſpectam facit. Igitur pro communi reſpondebimus *ad l. 28. de vſur.* quod in hac quæſtione, vbi quærimus, an bonæ fidei poſſeſſor fructus faciat ſuos, omnes illi fructus induſtriales cenſeantur, qui citra impenſam & ſumptus non producuntur, vel ſaltem ex ijs rebus producūtur, in quas poſſeſſori ſumptus facere neceſſe eſt: vt proinde hoc intuitu etiam agni & vituli induſtrialibus fructib. accenſeri poſsint: facit quod Bart. *in l. 35. h. t. & Cyn. in l. 22. C. eod. n.* .. arbitrio iudicis aliquando permittendum tradunt, an fructus naturales an induſtriales ſint habendi. *Ad l. 48. in pr.* reſponderi poteſt: vel cum *Gloſſ. in d. l. 35. h. t.* quod opera & induſtria propria opponatur induſtriæ alienæ: quoniam a quocunque v. c. cōſeratur ſolum bona fide poſſeſſum, & a quocunque etiam ſegetes demetantur, bonæ fidei poſſeſsoris fructus efficiuntur: vel ex particula *interim*, quam in ſimili ita explicat *Cuiac. in l. 48. de acquir. rer. dom. tract. 7. ad African.* cui addi poteſt quod aut conſideramus ſtatum illum, quo vero domino ignorato poſſeſſor inſtar domini habetur, & omnes omnino fructus ſuos facere videtur: aut vero rei veritatem, quod dominus non eſt & cum iure ſoli fructus non acquirat, quia quod ex re mea naſcitur meum eſt. & ceſſet ratio culturæ & curæ, factæq; impenſæ, de qua *in § ſi quis 35. Inſt. de rer. diuiſ.* non poteſt etiam fructus vere & iuridi-ce, ad hanc materiam naturales ſuos facere videri. Et hinc explicandum eſt, quod dicitur *in l. 25 § 1. de vſur.* in percipiendis fructibus, ꝙ prædiorum dominis idem bonæ fidei poſſeſſoribus ius tributum eſſe: licet hoc quoq; dicatur reſpectu modi percipiendi, in quo vt paulo ante notatum, bonæ fidei poſſeſſor à fructuario diſtinguitur. Porro, vt hoc addamus, diſputatio hæc magis in ſubtilitate quadam conſtare, quam alicuius effectus magnopere eſſe videtur: ſiquidē conſtat, induſtriales iuxta ac naturales extātes reſtituendos eſſe: nec minus hac conſtat, quod de conſumptis naturalibus bonæ fidei poſſeſſor non teneatur: quæ ipſa Dd. communis ſententia eſt poſt Gl. *in l. 35. h. t. per § ſi quis 35. 1. de rer. diuiſ. & §. etſi 2. verſic. ſi vero d. off. ind.* quoniam vt Salic. ait *in l. certū 22 h. t. n. 3.* neq; dolo neq; culpa eos poſſidere deſierit. Supereſt ſaltem differentia in modo fructus naturales conſequēdi quod, *vt Gl. d. l. 35. h. t. Cyn. in l. 22. h. t. n. 11* naturales fruct⁹ extantes rei vindicatione, induſtriales cōdictione vel officio iudicis veniunt reſtituendi. Aliæ circa conſumptos differentia colligitur *ex d. Glo.* ꝙ naturalium nomine teneatur in quantum factus eſt locupletior, induſtriales autem omnimodo lucretur quam olim etiā ſententiam fuiſſe Petri refert Cyn. *in l. 22 C. h. t. n. 5* eademq; probat Caſt. *ibi.* Licet Cin. *d. loc.* magis videatur etiam hic cōcedere condictionem, quæ etiam Bart. eſt ſententia *in d. l. ex diu. 35 h. t. n. 7* idemq; videtur ſentire Tieu. lit. G. dum indiſtincte ſubijcit limitationem, niſi locupletior factus: pro quo facit *l. 25. § 11. de petit. hær. l. 1. C. eod.* quamuis fortaſsis differentiæ ratio dari poſsit, inter rei vindicationē ſingularem & petitionem hæreditatis: vel quia cum alias benigne agatur cum poſſeſſore in hoc debeat grauari, & cū eo iure ſit, vt libere rebus hæreditarijs vti poſsit, vt teneatur ſi hæreditatē citra dolum minorem fecerit. *d. l. 25. § 11.* etiam quo locupletior factus eſt, merito reſtituet, vel quia cum poſsideat titulo natura ſua lucratiuo, nihil etiam omnino ex hæreditate retinere debet, eiq; ſufficere quod non meretur in damno: vel denique quod cum fructus augeant hæreditatem, ſimul in ipſam petitionem venire videntur. Poſsit alias ſententiæ illi, quod etiam induſtriales, in quātū locupletior poſſeſſor factus eſt condicantur, hoc temperamentum addi, vt obtineat in locupletatione euidētiori: veluti ſi poſſeſſor v. c. ex venditione aliquod modiorū frumenti maxime ſi paulo ante motam controuerſiam, conditionem ſuā fecerit meliorem: cæterū in qua-

Digitized by Google

in quauis locupletatione, ſi forte in adminiſtratione rei familiaris conſumpſerit eos, vt maxime alias de ſuo erogare quid habuerit neceſſe, opinionem illam non admiſerim.

THESIS. XII.

LIT. A. B. & C.

Ait quod litis conteſtatione malæ fidei quis poſſeſſor fiat æque ac ſcientia. Quæ comparatio cum mica ſalis & ſecundum quid accipiẽda eſt, vt ſcil. poſt litem conteſtatam res euicta proponatur alioquin ſi reus abſolutus ſit perinde habendum quoad fructus crediderim, ac ſi nunquam controuerſia ipſi mota fuiſſet: idque ſentit *Br. in l. 35. h. tit.* vbi ait, ſi ficte per lit. cont. ſuperueniat mala fides, quod poſſeſſor fructus faciat ſuos licet re euicta eos reſtituat: ſicut ex diuerſo reſpectu vſucapionis ipſius rei plus nocere creditur mota controuerſia, quam ſuperuenientia malæ fidei *de quo agetur infr. p. 2. diſp. 22.*

Vnde ſatis euinci poteſt.] Ratio peremptoria eſt quia conſtitutus eſt in mala fide. vt fruſtra laboret Fach. reſpondere ad textus, quibus vſucapionem litis conteſtatione non interpellari probatur: ex quo ſi in hac materia inferre liceret, etiam eo caſu, quo eadem inſtantia durat, fructus non eſſe preſtandos, ſequeretur. Sed ſcil. alia ratio fructuum, alij rei vſucapiendæ eſt: & ita iure veteri receptum erat, vt vſucapio ciuilis acquirendi modus, etiam poſt litem cõteſtatam compleri poſſet. *de quo inſ. p. 2. diſp. 22.*

LIT. D.

Affirmat hic, quod hæres malæ fidei poſſeſſoris ignarus, eodem modo quo defunctus, & ita vt malæ fidei poſſeſſor debeat damnari, Deciſio huius quæſtionis, pẽdet ab illa, an qui poſtea in mala fide eſſe cœpit, quia reſciuit rem alienam, porro fructus ſuos facere pergat. Pugnãt circa hoc *l. 25 § vlt. de vſur. & l. 48. § 1. de acquir. rer. dom.* hæc negat, illa affirmat. *Accurſ. in l. 35. h. t.* ait quod *in d. l. 48.* ICtus loquatur opponendo non ponendo: quod conuincitur falſum ex ipſo textu & recte improbatur a Cyn. *in l. 22. C. h. t. num. 7.* Sed non melius rem ipſe expedit ibid. n. 6. quod poſſeſſor ſuperueniente mala fide faciat quidem fructus ſuos *l. 25. § fin. d. vſur.* ſed nihilominus eos reſtituere teneatur re euicta: licet reipſa idẽ ſentiat Cuiac. *in l. 40. d. acquir. rer. dom. tractat. 7. ad Afr.* Etenim non hic de effectu rei quærimus, & ſi poſtea re petita & euicta poſſeſſor omnium fructuum ab eo tempore, quo ſuperuenit ſcientia rei alienæ, perceptorum nomine teneatur, reuera fructus ſuos non feciſſe dicitur. Quidquid ſit, ego ſententiam Pauli *in d. l. 48 § 1 d. acquir. rer. dom* rationi magis puto conuenire, ex elegãti differentia, quæ ibidem inter vſucapionẽ ipſius rei, & acquiſitionem fructuũ traditur. Illa vna eſt, in eaque ſpectatur principium vnum & ſemel tempore acquiſitæ poſſeſſionis. Acquiſitiones fructuũ multæ ſunt, & ſeparatæ, ideoque etiam multa principia, & in ſingulis ſingula ſunt conſideranda. Qua differentia Iuriſconſultus *in dict. l. 48.* remouet obiectionem ab vſucapione rei deſumptam & concludit, non eſſe quo ad fructus bonæ fidei poſſeſſorem, quamuis capiat, ſcil. vſu rem ipſam: idque illuſtrat *in fin. §. contrario,* quod aliquando fructus ſuos faciat qui rem ipſam capere nõ poteſt. Accedit *l. 40. in fin. de acquir. rer. dom.* Quæ ratio eſt operarum in ſeruo bona fide poſſeſſo, eadem ratio eſt fructuum. Atquin ſuperuenientem mala fide & ſcientia poſſeſſor ſerui alieni ex operis eius non acquirit, ergo, &c. propoſitio probatur *ex dict. l. 40. in fin. verſic. etenim ſimul.* Aſſumptio probatur *ex ead. l. in princ.* & apertius *ex l. qui bona 24 § primo, eodem tit.* vbi Iuriſconſultus reſpondet tam diu poſſeſſori acquiri quam diu bona fide ſeruit & ſeruit pro ratione, quod non initium poſſeſſionis, ſed ſingula momenta, quibus ſcil. de operis ſerui tractatur, vel quibus operas ſeruus præſtat, ſint ſpectanda: quæ poſteriora verba *Ant. Fabr. 4. coniect. 16.* plane inſulsè & abſurde tanquam imperiti interpretis expungit: cum tamen elegantem & certam rationem habeãt & omnino idem traditum ſit *in l. 40. & 48. de acquir. rer. dom.* Porro quæ ratio eſt ſuperuenientis in malæ fidei in eadẽ perſona eadẽ eſt ſuperueniẽtis in perſona diuerſa, ea videlicet quæ repræſentat perſonã defuncti, hærede. Nimirũ ſi defunctus in bona fide, hæres in mala fide ſit, vſucapio quidem rei procedit, ſed fructus ſuos hæres non facit, quod tanquam certum tradit *Paul. in l. 35 h. t.* & probatur tum ex ratione ſupra dicta, tum ex *dict. l. 40. in princ. de aquir. rer. dom.* Et ergo ex diuerſo ſi defunctus fuerit in mala fide, hæres in bona, licet ipſam rem vſu non capiet, fructus tamen facit ſuos. Quod prioribus & rationi omnino conſequens, adeoque vt ad theſin noſtram reuertamur falſum eſt, quod Treul. hæredem licet ignarum perinde vt defunctum qui malam fidem habuit damnatum eſſe affirmat. Nec quicquam pro Treucl. facit *l. vlt. 11. C. de acquir. poſſeſ.* in qua & de vitio reali, & procul dubio de vſucapione ipſius rei tractatur. Quod autem Treut. *in d. l. 11.* pro ſe adducit, lectori imponit:

ponit: ſiquidem apud Bartol. Bald. Salic. *in d. l. 11.* nullũ ea de re verbũ. imo Gl. ibidem diſerte contrarium probat, q̃ vitia realia durent in perſona vniuerſalis ſucceſſoris quoad vſucapionem, nõ quoad fructus: adducta *l. bona fid. 48. §. 1. de acquir. rer. domin.* ibidemq; *in eadem l. 11.* nõ obſcurè probat Cyn. in terminis huius quæſtionis referens ſe *ad dict. l. 48* Et Fach. citatus à Treut. iniuriam facit Bartol *in l. 35. hoc tit. num. 1. 2.* vbi reſpondet de caſu contrario, vbi defuncto poſſeſſori bonæ fidei ſucceſſit hæres qui malam fidem habuit Et idem Fach. non cœpit neque intellexit fundamentum Copi *ex dict. l. 48* Et ad *l. 2. C. de fructibus & lit. expenſ.* qua ſola nititur Fachin. facilis reſponſio eſt, quod ibi agatur de caſu hæredis poſt litem motam ſuccedentis.

LIT. E.

Alia hic proponitur quæſtio, quomodo & quouſque habeatur fructuum ratio, ſi homo petitus poſt litem conteſtatam deceſſerit Vbi probo diſtinctionem Anton. Fabr. an perierit culpa & dolo poſſeſſoris, an ſine culpa vel dolo, de quo poſteriori caſu, commode accipitur ſententia Labeonis *in l. penult. h.* quam ibid. limitat Paulus, niſi ea conditio fuerit hominis, vt inutiles eius operæ fuerint factæ: quo ſcil. caſu nullam etiam fructuum rationem habendam eſſe, ratio. nis eſt Curiac. autem ſententia 7. obſeru. 34 obſcure ſatis ibi loquentis, vel minus ideo probanda, quod illud quidem dici poteſt, vbi dolo poſſeſſoris interijt homo habendam tantum rationem fructuum vſque ad tempus mortis: illud autem dici nullo modo poteſt, quod tamen ex Cuiac. ſententia efficitur, vbi ſine dolo vel culpa perijt, fructuum rationem, vſque ad tempus rei iudicandæ habendam eſſe. Adeoque male Cuiacius de hoc caſu accipit *l. 17. §. 1. h. t.* quæ nõ abſurde & ipſa ad eum caſum referri poteſt, quo dolus vel culpa poſſeſſoris interuenit: niſi ex eo, quod poſt motam *in d. l. 17.* homo interijſſe dicitur, colligas poſſeſſorem fuiſſe fruſtratorem, cum quo durius ſit agendum, cum alias non quiuis qui iudicium ſuſcipit, ex quo protinus in mora conſtituatur *arg. l. illud 40. d. pet. hered.* Et ergo poſſeſſor aut eſt fruſtrator, & quomodocunque mortuo homine vſque ad tempus rei iudicandæ fructuum ratio habebitur: aut iſtam cauſam ſuſcipiendi iudicium habuit: & hic aut poſtea circa mortẽ hominis dolus vel culpa eius internenit. & idẽ ſtatuemus quod in caſu priori: aut citra culpam fato ſuo functus eſt, & tantum vſq; ad tempus mortis fructuũ ratio habebitur.

THESIS XIII

LIT. A.

A non domino.] Hoc quidem conſtat, pro non dominis hanc actionem introductam: ſed illud quæritur, an non etiam vero domino accommodari fauorabiliter poſſit; quod videtur negare Treut. ſiquidem ab co pro diſs allegati affirmãt. Res non videtur difficilis: Nimirum dicemus dari vero domino, ſed non qua tali, neque quatenus pro tali ſe gerit *L. 1. §. 1. de publ.* ſed ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, ob difficilem dominij probationem. Neque nouum eſt, vt introducta pro caſu neceſſario, porro ad alium porrigatur: quod exemplo bon. poſſeſſionis cont. tab. pro emancipatis primum introductæ, & ad ſuos productæ, confirmat Iohan. Fab. *in § ſed iſta Inſtit. de actionib.*

Cumulari cum Publiciana] Cumulari proprie illæ actiones dicuntur, ex quarum vtraque ſimul aliquid petimus & conſequi poſſumus: quo ſenſu duas iſtas actiones cumulari non poſſe apparet. & Gail. citatus, 1 *obſer. 51.* non de cumulatione, ſed alternatiua harum actionum coniunctione loquitur quæ alternatio cumulationi contraria eſt Itaque hoc modo duæ iſtæ actiones proponuntur, vt propter difficilem dominij probationem Publiciana ſubſidiariæ habeat rationem.

Non tam à iure.] Alternatio, de qua iam dictum, iuri noſtro contraria non eſt, imo licitam eſſe probatur, *ex l. 1. §. 4. quod legat.* vbi dicitur poſſe dictari duas actiones cum proteſtatione, quod ex alterutra velimus conſequi quod non contingit. Quod autem cum cumulationem iure noſtro plane ignotam eſſe ſubiungit, falli eũ exiſtimo: qui cum concurſus actionum duplex ſit, vel vt vna aliam conſumat, quem concurſum electionem Dd. appellant, vel vt etiam cum vna aut poſt vnam alteram intentare liceat: ab illo quidem cumulatio plane aliena, huic autem omnino affinis, neque alia vtriuſque diuerſitas eſt, quam quod ex ratione iuris noſtri diuerſæ actiones apud diuerſos etiam iudices, cumulatione autem facta apud eundem iudicem inſtituuntur: quod quidem proceſſui hodierno, quia & iuri ciuili poſt ſublatum morem dandi iudices conuenit, cum alias etiam iure antiquo non raro cõnexæ actiones ad eundem iudicem mitti ſolerent.

Nec diſtinguo verus an putatiuus] Nimis generaliter hoc dicitur, quod tantum verum eſt, vbi iuſta putandi cauſa eſt: cæterum titulus puta-

 tiuus

tiuus ad vſucapionē nō prodeſt *v. § Error 11. Inſt. de vſucap l. 27. d. vſuc. l. 11 pro empt l. vlt. § 1. pro ſuo.*

Lit. B.

Vt ne quid Eccleſia.] Ratio dubitandi addenda erat ex *l. vt inter Cod. de SS Eccleſiis*, ex qua eccleſia dominium rei etiam ſine traditione conſequitur, vt ibidem communiſſime notant Dd. ideoq. cum idem priuilegium *de l ciuitati datum ſit*, non tantum de Eccleſia hoc proponendum erat Lapſus autem eſt Treut. in citando Iaſone, quoniam hic *in dict. l. diſerte poſt Innocent.* & Bald. eo caſu autor Publiciana vti poterat, etiam eccleſiæ citra traditionem publicianam competere affirmat, videlicet ex perſona autoris: quod ipſe Treut. th. ſequent generaliter affirmat quoties ſine traditione dominium acquiritur: probatur *l. 1 § 2. de public* vbi ICtus quærit, cur traditionis mentio facta ſit in edicto, cum tamen & alijs modis transferatur dominium, veluti per legatum: quæ oppoſitio inepta & nulla eſſet, ſi hoc quoque caſu traditionem interuenire neceſſum eſſet: facit *l 11. §. 1. eod. titul.* licet eius ſpecialis ratio dari poſſit, quod etiam iacente hæreditate, vſucapio continuetur. Ex propria autem perſona, quia poſſeſſionem nondum adeptus eſt, non poterit mouere publicianam: quod etiam notant *Iaſ in §. ſed iſta l d action. n. 75 & ibi. Iaſ. nu. 13.* licet videatur aliud probare Ioh. Fab. *in d. § col 3.*

Lit. C.

Iure Canonico continuata requiritur.] Controuerſum hoc eſt, an ſtante traditione Iuris Canon, ille cui mala fides ſuperuenit publiciana vti poſſit: quod recte videtur negare Treut. cum Ioh. Fabr. Ang. & Iaſ. *in d. §. ſed iſta Inſtit d. act.* quippe cum fundamentum publicianæ ſit ius vſucapiendi. Neq; obſtant rationes *Iaſonis in dict. § num. 81. & ſequentibus.* I. quod ius canon. non ſit extendendum: quoniam hoc non fit per extenſionem, ſed per neceſſariam ex eo iure conſequentiam, quod negata vſucapione, negatur publiciana, & Iure Canon. ead eſt ratio idemque effectus malæ fidei ſuperuenientis. quæ iure ciuili initio præſentis. II. quod amiſſa poſſeſſione & ita interrupta vſucapione publiciana habeat locum: quia diuerſa ratio eſt vſucapionis interruptæ per amiſſam poſſeſſionem. & ſecundum Canon. plane viriatæ per ſuperuenientem malam fidem. quæ facit, vt fictioni, qua hæc actio fouetur, nequeat eſſe locus.

Mala vero fides tradentis.] Prolixa diſputatio eſt, an & quatenus mala fides autoris noceat ſucceſſori, de qua agitur *infr p 2. diſput 22* Vbiq; non impedit, quo minus ſucceſſor ſingularis vſucapere poſſit, adeoque publiciana experiri: nō obſtante *authen ma'æ fidei Cod. d l. ngi temp praeſcript. Nou. 119. c 5.* quoniam, vt Iaſ notat *in d §. ſed iſta Inſtit d action. num 80 Iuſtin* eo caſu non ſuſtulit præſcriptionem, ſed tempus prorogauit, & alias eius qui bona fide accipit, melior quam iniqui detentatoris conditio eſſe debet.

Lit. D.

Qui nec dum vſucepit.] Prætenditur tamen impleta vſucapio *d. § ſed iſta* de quo bene *Iaſ. n. ibid. contr. Iaſ Ang. & Schneid. num. 45.* & qui exiſtimant, quod auctor debeat profiteri vel ſe dominum non eſſe, vel ſe dubitare an autor fuerit dominus.

THESIS XIV.

Lit. A.

Ait enim ex perſona autoris amiſſa poſſeſſione mouere hanc actionem, qui ſine traditione dominium accepit Atqui cum th. præced tantum non domino det hanc actionem, non recte hic dominium acceptum præponit. Sed &, ſi poſſeſſio amiſſa fuit, ergo prius eam acceptam, & ita traditionem factam eſſe neceſſe eſt Et vero cum actionem ex perſona auctoris proponat, poſſeſſio acquiſita poni non debet, quem etiam caſum tractant citati Iaſ. & Zaſ.

Lit. B.

Aduerſus detentorem.] Vt huic actioni locus ſit, oportet poſſeſſionem rei eſſe ſine titulo & bona fide *arg. l. 9. §. ſi duobus*, vbi hoc notat Bart. *d. publ. act. Iaſ. in § ſed iſta I. de act n. 19. & ibid. Iaſ n. 29*, quod vbi cætera paria ſunt, potior debet eſſe conditio poſsidentis.

Lit. C.

Etiam contra eum qui pro hærede] Contrariam ſententiam magis probo cum Iaſ. *in d §. n 29* nō tam ex ratione, qua ipſe mouetur quod poſsideat pro domino, quam potius, quod poſſeſsionem & titulum habeat Nam quod Iaſon citat. *pro herede*, titulum eſſe negat, in homonymia phraſis illius lapſus eſt: quia pro hærede, vel ſignificat tenere pro domino, tanquam vniuerſitatem, quo ſenſu pro herede titulus eſſe negatur. iuxta notata diſput. præced & contra talem poſſeſſorem petitio hereditatis datur: aut ſignificat poſsidere rem ſingularem in hæreditate repertam, quo ſenſu, pro hærede titulus ad vſucapiendum habilis adeoque vere titulus eſt *§. furtiua verſicul vnde in rebus. I. D. vſucap. t. t. Cod. & D. pro herede.*

THE-

THESIS XV.

Quæ lit. A. & B. habentur, perſpicua ſunt: reliqua de partu ancillæ furtivæ ab ea quæſtione dependent, an hic vſucapi poſſit: quam reiicimus *ad diſp. 22.*

DISPUTATIO XVI.

DE VSVFRVCTV.

Reſpondente,

HENRICO à Quaſen.

THESIS I.

LIT. A.

EST *ſervitus perſonalis.*] Genus hoc quidem recte ſe habet *l. 1 d ſervit.* Sed etiam deſiderat differentiam, quod cõgruè d cuiur ſeruitus vtendi fruendi. Neque *in l. 1 h. t.* ius ſervitutem ſignificat, ſed vſusfructus ibi relatione ad fructuarium habita definitur: quod Donell. 10. *commentar. 2.* notat in definitione iſta ius ſignificare poteſtatem & facultatem, contra Accurſ qui explicat pro ſervitute. Haud ſcio etiam, an recte omiſerit verba: ſalua ſubſtãtia: quoniã ius vtendi, fruẽdi etiã cũ iure abutendi conſiſtere poteſt: neque enim qui dicitur quaſi vſusfructus, ſub hac definitione contineri debet.

Quatenus commoda utentis.] Cautione hic opus eſt, vt hæc verba commode accipiantur: nam in vſufructu etiam ius vtendi ad voluptatẽ ineſt: & in realibus ſervitutibus principaliter ſpectatur vtilitas prædii, vltra quam non poteſt extẽdi ea ſeruitus *l. 5 § 1. & l. 6 d ſervit prædior. ruſtic.* cum præſertim ipſe Treut. *diſp ſeq th. 5.* ius decerpendi pomum & ſpatiandi in alieno referat ſub ſervitutes.

Ea ſervitus priuatiuè.] Imo magis relative hæc opponuntur: neque ſatis intelligo, quomodo hæc ſervitus dominium vel dominio priuare dicatur: ſicut nec illud ſatis aſſequor, quomodo per translationem hæc vindicatio ſeruitutis eſſe dicatur, ſiquidem ſervitus de qua l. 1. agitur, toto genere differt ab hac ſervitute, quod recte tradit *Donell. 9 comment. 21. & 22.* vbi Accurſii quadrimembrem diuiſionem improbat. Hominum libertas eſt nullo ſeruire: prædiorum nulla talis libertas eſt, ſed ea libera dicuntur, ſi nulli domino ſerviant.

Cum aperta conventio] Servitus eſt talis vel natura ſua vel ex accidenti *l. 4. de ſervitut præd ruſt.* Intereſſe autem videtur, an v. c. ius eundi per fundum concedatur nullum habenti fundum, quo caſu omnino ius perſonale eſt: an habenti fundum, vt tamẽ ius ad perſonam reſtringatur: & hoc caſu ſervitus natura quidem realis, ſed effectu perſonalis erit, *ex l. 4. in pr. de ſervit.* ad inſtar obligationum, quæ ad tempus conſtitutæ, non ipſo iure, ſed per exceptionem finiri & tolli dicuntur: itaque reipſa ſeu ipſo iure etiã tranſibunt in heredem & alium poſſeſſorem ſed exceptio obſtabit eam vindicantibus, quæ ex ſententia *Gl in l. 4. ſerv. ruſt itemque Ioh & Azonis referente Bart. in l. Mela §. ult. d aliam leg.*

LIT. B.

Recte igitur ab hoc tractatu removetur.] Videtur imputare Dd quaſi hi aliter ſentirent, & diſtinctionem vſusfructus in formalem & cauſalem ad hunc tractatum referret. Atqui illi non dubitant, quin hoc lib. 7. tantum de vſufructu formali agatur, & eum in genere ſumptum pro iure ſalva ſubſtantia vtendi, per differentias, rei propriæ & alienæ in cauſalem & formalem diſtinguunt. Eſt tamen illa acceptio rarior, & ſpecies ea vſuſr eſſe negatur *in l 63 h t.* vbi ICtus argutatur: quod poſſimus transferre ad aliũ quod noſtrum non eſt: quia imo illud ipſum ius quod cedimus, noſtrum ſed ſub alia qualitate, quam incipiat habere heres eum cui ceditur. Et hanc diſtinctionem, ſive his verbis propoſitam, ſiue ſub appellatione, nudi & pleni, ipſe Tr probat hac lit B. vbi ait, quod recte Cuiacius ſtatuat, loca illa iuris, quæ vſum fructum, partem fundi eſſe ſtatuunt, de vſufructu pleno eſſe accipienda: hoc enim poſito, præter vſumfructum de quo hoc lib. 7. tractatur aliam reperiri ſpeciem, neceſſario conſequitur, nec minus ex, quod ait *in th tit D* hic non ſumi pro dominio vel eius parte. & ergo alibi ita ſumetur ex ſententia Tr, quæ tamen vera non videtur: quoniam aliud eſt dici fundi, aliud dominii partem, quæ pro eodem ſumere videtur Tr Cæterum illa ipſa ex Cuiac. propoſita aſſertio vera non eſt ſiquidem non vno loco iuris etiam vſusfructus formalis partis locum obtinere dicitur, ratione emolumenti *l. 66 § 6 d legat 2.* quod cum ipſe Treut. affirmat *lit D & F* vix à contradictione poterit excuſari Cæterum *Cuiac. cit. loc. in l. 58. d V. O.* hãc propoſitionem habet, quod leges, quibus vſusfructus pars negatur, de vſufructu nudo ſint accipiendæ: alterius autem propoſitionis quibus

affirmatur, ſint omnes explicandæ de vſufructu pleno, nulla apud eum eſt mentio.

Imo ipſum plenum dominium.] Dubito an vſusfructus cauſalis recte dieatur ipſum plenũ dominium: quia licet vt coniunctus cum proprietate conſideratur, ab ea tamen omnino diverſitas eſt, & in vſu iuris ei opponi ſoler.

LIT D.

Interdum partis loco.] Odioſe hoc totidem verbis repetitur in ipſa *th. lit. F & G.*

Vnde rurſus dominium] Non ſatis animaduerto, quomodo ex præmiſſis, quod vſusfructus partis vicem obtineat, diſtinctio Dd in dominium vtile & directum cõvellatur: niſi fo. re ita colligit, quod eum fructuarius ad quem omne emolumentum ſpectat, dominus non ſit, ab vtilitate rei dominiũ vtile non poſſe conſtitui. Sed præterquam quod illatio eſt à particulari, neque ſi aliquis qui vtilitatem ex re percipit dominus non dicitur, ideo nullus dominus talis erit: etiam hoc vitium eſt quod non ſolum vtilitatem & fructus, ſed longe plus vaſallus & emphyteuta habeat & præcipuè ius vindicandi etiam contra ipſos directos dominos, 2 *feud tit.* 8. *& t.* 47. Itaq; qui ſolus ius agendi & pleniſſime re vtendi habet, non abſurde dominus appellari poteſt.

LIT. G.

Agitur hic de explicatione *l 4 h t* vbi in multis vſusfructus pars dominii eſſe dicitur: quæ verba Tr. eo refert: quod vſusfructus propter emolumentum pars dicatur Verum non conueniunt ſequentia verba neque etiam, ꝙ in multis pars dicatur, quia vſusfructus ſemper continet totum rei emolumentum. Rectius dicemus, quod *in d l. 4* vſusfructus opponetur cæteris ſeruitutibus realibus quæ nihil plane cum dominii iure commune aut ſimile habẽt, neque vt vſusfructus ex die conſtitui poſſunt. Recte *Canon. 4. comment. 6 n 2* vſusfructus inquit, in multis caſibus iiſdem iuribus, quibus dominium, cenſetur, ſicut & vſufructuarius quædam iura dominii habere videtur, quod ei & de damno infecto caveatur, & interdictum vnde vi concedatur. Nec multum hic abit *Pinell in l. 1. Cod. de bonis matern p. 3. num. 4 poſt Gloſſ. in d. l. 4. h. tit.* quod vſusfructus propter ſimilitudinem in aliquibus cum dominio pars eius dicatur. Vide *ibid* opiniones aliorum relatas Pinell. *num. 1. & ſeqq & apud Gaddeum l. 25 d. V. S.* Donell 10. *comment. 2. Cuiac ad l. 36. §. 1. h t. tractat. 5. ad African. Mercer. id conciliator e pag. 34.* In hoc autem falli videtur Treut. quod Dd. imputat, quaſi hi partem dominii *d. l. 4. §. h tit.* 4. de domini vtili explicarẽt. Etenim Accurſ ait eſſe partem dominii per ſimilitudinem *Br. in ead l. 4. poſt Pet.* eo reſpectu ait dici partem dominii, quo hoc & proprietatem & uſumfructum comprehendit *Bl ibid.* quod aliud ſit dominium proprietatis, aliud vſusfructus Florian quod ſit pars integralis.

THESIS II.

LIT. A:

Auferri patri per avum.] Male hoc de avo tantum proponitur, cum quivis ita relinquere filiof. poſſit ne uſusfr. ad patrem pertineat. N. 117. *c.* 1. Cæterum rectius dicemus, non tam quod LL. novis quos citat Tr. vſusfr patri ſit conſtitutus, quam quod adempta proprietate, quam olim habebat, nudus ei uſufr. ſit relictus.

LIT. A.

Non tamen in feudo.] Rationes hæ afferuntur à Vult. 1. *feud 4 n* 8. 1. quod feudum ſit inſtar peculii caſtrẽſis *arg. l. 1. C d. caſtr pec* 2. quod in feudis parentes non ſuccedant liberis. 3 quod circa ſervitia videatur electa induſtria perſonæ. 4. quod feudum ſit nihil niſi uſusfructus, qui ſi patri adquireretur, nihil penes filium remaneret, quibus rationibus licet eas Vult. ex intima iuris feudalis prudentia deſumptas eſſe dicat, eſt quod reponatur. Ad 1. non quidquid ob ſervitia militaria datur, protinus peculium caſtrenſe eſſe. *per d. l. 1. C. d caſtr. pecul* ſed nec omnia feuda militiæ cauſa dari conſtat. Ad 2. quod non de iure ſuccedendi hic quæritur: ſed de iure patris cui vſusfructus debetur: neque acquiri feudum patri, ſed tantum quamdiu vivit, fruendi ius, quod diverſum eſt à feudo, penes filium manente, & huius quaſi proprietatem quandam, quam in feudo conſiderati etiam ratione vaſalli poſſe, docet *tit. 43. lib. 2 feud* & ipſe Treut dum *lit.* ſtatuit à vaſallo vſumfructum in feudo conſtitui poſſe, ſeparationẽ feudi ab vſufructu admittit: quod & ius ſubinfeudandi oſtendit: vt proinde falſum ſit, feudum nihil eſſe aliud quam vſumfructum: quibus & quartæ rationi ſatisfactum eſt cui & hoc addo, quod etiam ſi nil amplius in feudo eſſet, tamen ob id patrẽ iure ſuo priuari non debere: quod ex iure ciuili confirmatur, quo etiam vſufr ſimplex in quo præter vſum fructum nihil eſt, per filiumfam cui relictus vel conſtitutus eſt, patri acquiritur *l ult. C. h. t.* Ad 3. Reſp. ſeruitiorũ feudaliũ non eſſe eam naturã, quo minus etiam per aliũ expediri poſſint: quod ipſum etiam feudum concedendo ſ-liosfam.

do filiofam. dominus tacite permiſiſſe videtur, perinde ac euenit, vbi feudum ſervo, muto, ſurdo, clerico, fœminæ vel pupillo conceſſum eſt: aut imputet ſibi dominus, qui non ſub ea lege fundum cōceſſit, ne vſusfruct. eſſet patris: quod cum facere poſſet *Novell* 117. *c* 1. *Authent. item hareditas. C. de bon. qualibet*. nec fecit, tanto magis ſervitia patris admittere tenebitur: quamuis *Sonsbec. de feud. pag. 8. num.* 8 filium ipſum ſervitia præſtiturum, & nihilominus partem fructus lucraturum exiſtimet.

LIT. D.

Tertium hic exemplum ponit vſusfructus à lege his verbis *matri ad ſecunda vota tranſeunti in bonis à patre profectis, quæ ex ſucceſſione filij prioris matrimonij habuit*. Atqui I. qui plenus exiſtens dominus, amiſſa proprietate nudum retinet vſumfructum, ei non ſatis recte vſusfructus conſtitui dicitur, II. quod proponit de amiſſione proprietatis, non tantum obtinet in bonis per ſucceſſionem quæſitis, ſed etiam iis, quæ mater a defuncto marito recta & immediate accepit *l.* 3 *C. de ſecund. nupt.* III tātum hoc obtinet in ſucceſſione ab inteſtato, & eius partis, quam ex inſtitutione mater habet, proprietatem non amittit *N.* 22. *c.* 46. IV. non tantum in matre, ſed etiam patre idem ius eſſe, docet *Nov.* 22. *c.* 2. & *N.* 127. *c.* 3. eamque communiſſimam opinionē eſſe patet ex Bartol. *deciſ.* 185. *num.* 7 & *deciſ.* 187. *per totum*. Poſſit dici Tr. hoc exempli tantum cauſa propoſuiſſe, verum ead. breuitate coniugis mentionem facere potuiſſet.

LIT. E.

Item vſucapione.] Non tamen, vt prioribus caſibus, immediatè, ſed interveniente facto hominis. Poſſit etiam referri ad conſtitutionem à domino factam ſtāte fictione *l.* 18. *d V. S.* quod qui vſucapi rem ſuā patitur, alienare videatur.

Non directo, ſed prætoris tuitione.] Nimirum ſummo iure ſolus rei dominus v. c. rem pignori dare, vel vſumfructum conſtituere poteſt. Verum ex æquitate hoc iis quoque permittitur, qui ius pleniſſimum re vtendi habent eoque prætor æquitatis cuſtos, hos, quibus ab illis ius tale conſtitutum eſt, quatenus domino nullum inde generatur præiudicium, contra ipſum dominum tuetur, per textus à Tr. allegatos *iuncta l.* 11. § 2. *d. pignor*. Cæterum quod de vaſallo hoc idem ait, idem dubiū capit, quod ille mero iure feudali ſubinfeudandi ius habet, in quo etiam amplius, quam in ſimplici vſusfructus conſtitutione eſſe videtur: & alias ex eod. iure feudali vaſallus in ſui præiudicium ſervitutem feudo imponere poteſt 2 *feud.* 8.

LIT. I.

Secus eſſe ait in quaſi vſufructu, qui tantum vltima voluntate conſtituatur Quod non ad remotiora, (quoniam pater proculdubio etiam reb⁹ filii fungibilib⁹ vtitur fruitur,) ſed ad proximius referendum eſt, quo de vſufructu à domino conſtituto tractatur: vt intelligamus vſumfructum quaſi, non ex contractu conſtitui. Et vero Sctum hoc in gratiam teſtatorum introductum videtur: & nulla fuit ratio, vt propter conventiones viuentium, qui alias quo volunt modo paciſci poſſunt, quaſi contra naturam rerum, hoc conſtitueretur: qua de cauſa *in* § 3 *I. h. t & tit D. vſufr.* tantum legatarii & heredis fit mentio: & nominatim *in l.* 1. *eod tit.* ſenatum cēſuiſſe dicitur, vt omnium rerum vſusfructus legari poſſit. Quamuis non ſatis ſolida ratio differentiæ occurrat, quæ impediat, earum quoque rerum conventione vſumfructum cōſtitui poſſe, poſtquam Sclo introductum eſt: vt talis vſusfructus eſſe & dici poſſit: ſiquidem & teſtator vel ſub hac l donare, vel heredem, v. c pecuniā tanquam mutuam alteri concederet, damnare potuiſſet: aut ſi naturæ harum conventionum qualitates iſtius vſusfructus repugnare dixeris, idem conuentionibus viuentium obſtabit: & ſi conuentio hæc; vt aliquis pecunia alterius quam diu viuit, ſub lege tantundem reſtituendi vtatur, iure donationis vel mutui æſtimari non poteſt, & ea tamen iure valida eſt. ius ex ea quæſitum, non niſi quaſi vſusfructus appellatione poterit venire. Et vt maxime ſenatus de vſufructū tantum legato loquutus fuerit, hoc tamen ad conuentiones viuentium potuit produci. Illud vtique conſtat, cum omnium bonorum vel partis vſumfructum inter viuos conſtituere liceat, in eo etiam ius vtendi rebus fungibilibus contineri.

THESIS III.

LIT. A.

Ait ſi vſusfructus vltima voluntate conſtitutus ſit, traditione vel patientia opus eſſe. Vbi initio, hæc duo, traditio & patientia, non recte vt diuerſa opponuntur: quia ipſa patientia in rebus incorporalibus traditionis loco eſt *l.* 3 *in pr. h. t.* Deinde videri poſſit, vſumfructum non per vindicationem, ſed tantum per damnationem relinqui potuiſſe *arg l.* 19. *de uſufruct legat l.* 1. § 2. *ſi vſusfructus petatur d l* 3. *in princ. h. t.* ſi quidem vſusfructus in facto conſiſtit *l. vn. in princip.*

quando

quando dies vſusfructus &c. & quatenus ſervitus conſideratur, non eſt, niſi poſtquam per ſeparationem conſtitutus eſt *l. 26. de vſufruct. leg. & Iuſtin. in l penult. C. de vſufruct* ita loquitur, ac ſi tantum actio perſonalis pro vſufructu legato competeret. de quo infra th. 7. Sed tamen in contrarium facit, quod etiam poteſtate iuris ſeparari, & conſtitui poteſt vſusfructus, non minus ac ſeruitus realis *per l. 19. § quemadmod ſervit. amit.* & quod *l vn. infr. quando diu. vſufruct. &c.* de actione vſusfructus proponitur, ad actionẽ perſonalem referri non poteſt: facit *l. 10 & 29. de vſufr leg* Verum vtcunque ita ipſo iure vſumfructum conſtitui dicamus, nihilominus tamẽ falſum videtur, quod nulla traditione opus ſit, quia alia ratio iuris, alia ratio poſſeſſionis eſt: quo modo etiam dominium proprietatis in legatarium tranſire dicitur, vt tamẽ nihilominus ipſa ab herede ſit accipienda r t. quod legatorũ: vt proinde non concludat Tr. ratio quod legatum ignoranti acquiratur. Cæterum ex ratione iuris veteris multum hic intererat an per fideicommiſſum, an per legatum & hic rurſus qua formula legandi vſusfructus eſſet relictus: quas differentias ſuſtulit Iuſtin. De eo autem, quod hic aſpergit Tr an ipſum dominium, an tantum actio perſonalis ignoranti legatario acquiratur, tractatur *infr p 2. diſp. 13.*

Illud certum eſt]Propoſitio hæc, quod pro vſufructu legato ante præſtitam cautionem nec perſonalis acquiſita ſit, manifeſto contradicit priori, qua vſusfructus ipſo iure conſtitui, ignoranti quoque adquiri affirmatur Et magis eſt vt illa falſa ſit: quia ratio præſtandæ cautionis non impedire poteſt actionis natiuitatem, ſed tantũ per modum exceptionis efficere, vt executio & præſtatio ipſius vſusfructus differatur.

LIT. B.

Vſufructui vltima voluntate relicto, opponit co ſtitutum inter vivos: circa quem in re corporali opus eſſe ait traditione ſed in incorporali patientiam pro traditione eſſe. Atquin iam oſtendimus hac in re vſusfructus vltima voluntate conſtituti diuerſam rationem non eſſe. Sed & aut agitur de ſubiecto vſusfructus, & illud ſemper corporale eſt, aut de ipſo vſufructu, & hic ſemper eſt incorporalis: neque vero hic rei ipſius, ſed iuris traditione opus eſt *l. 3 h t.* Vix enim eſt, vt Tr ita accipi poſſit, quaſi in genere hoc proponeret, & vſumfructum per patientiam transferendum aliis rebus corporalibus, in quibus traditio vera intervenit, opponeret.

LIT. C. & E.

Tractatur hic, quando dies vſusfructus legati cedat. Et aut legatus pure, & cedit ab adita hereditate, aut ex die, & cedit tum demum, vbi dies venit: vt ita cõtra quam alias obtinet tempus ceſſionis & adventus diei concurrat Ratio duplex dari poſſe videtur. I. quod vt in aliis legatis & obligationibus dies ſtatim cedat, ad eũ finem & effectum præcipue introductum videtur, vt ius agendi poſſit tranſmitti in heredes: quia cedere diẽ ſignificat, incipere deberi: vſusfructus autem in heredem, cuius diverſa ratio & conditio eſt tranſmitti non poteſt. II. quia ad vſumfructum conſtituendum, facto & legatarii & heredis opus eſt: quod innuit. Tr. dum ait lit. C. vſumfructum non intelligi, niſi ſit qui vti ſrui patiatur. Quibus ipſis verbis videtur everti, quod ait lit. A. patientia opus non eſſe, niſi quis hic diſtinguendum exiſtimet inter patientiam facto per inductionem declaratam, & quodammodo iure præſumptã. Atque hinc explicandus eſt § 2 *in princ. l. vn quando dies vſusfruct* vbi cur ab adita hereditate dies demũ cedat, hanc rationem reddit ICtus, quod tunc demum conſtituatur vſusfructus, vbi quis iã frui poteſt: quoniam, vt dictum eſt nondum adita hereditate, nulla patientia, nullaque adeo fruitio eſſe poteſt: quod non animadverterunt, qui particulam, *enim*, ex illo loco tanquam ſpuriam eiecerunt. Ex iiſdemque explicatio ſumitur §, *ult. eiuſdem l. vn.* quod ante diem vſusfructus nihil agitur, cum in aliis caſibus ante diem male agatur: ſi quidem illo caſu cum nondum ceſſerit dies, nec adeo nata ſit obligatio, nulliter agi neceſſum eſt. Hoc autem caſu poſt ceſſum diẽ nata obligatione, ipſo quoque iure natam quoque actionem eſſe, adeoque in iudiciũ ſed cum periculo plus petitionis deduci poſſe conſequens eſt: quod recte notat *Gloſſ ad d. § vlt* & probant rationes adductæ à Cyn *in l. vn. C. vt actiones ab heredibus, &c.* De qua quæſtione, an ante diem obligationi adiectam ipſo iure nata ſit actio? (non enim eſt huius loci) vide *Florian. in d. l vn § vlt. quando dies vſufr.* Bart *in l ita ſtipulatus 115 d V. O* & latiſſime Cyn. *in d. l. vn C vt act. ab hered &c* vbi tamen male contra Gloſſ. in negativam ſententiam concludit.

LIT. F.

Cum dixiſſet vſumfructum conſtitui in rebus immobilibus & mobilibus, ſubiicit in allegatis ſic feudum eſt vſusfructus in fundo conſtitutus. In quo I nulla eſt connexio. II. feudi ſubiectum

latius

latius eſt quam fundus III. male videtur feudum vſusfructus definiri per ea quæ dicta ſunt ad th. præc lit. B.

Lit. G.& H.

Etiam incerta.]De hoc nihil apud Conan. cit. loc. ſed quod pars de dimidia intelligatur: vt ita Tr. partem incertam appellare videatur, vbi nulla quotæ adiecta deſignatione partis vſusfructus legatus eſt. Atqui cum hic ex iure dimidia intelligatur, incerta hæc pars recte dici non poteſt *argum leg 26 in fin de acquiren. poſſeſſ.* ex qua colligitur incertæ partis proprie ſic dictæ non recte vſumfructum relinqui.

Non debet excedi dodrantis æſtimatio.] Duplex ſenſus eſſe poteſt, quod dodrantis tantum poſſit relinqui vſusfructus, & quod omnium omnino bonorum, ita vt pro conditione perſonæ cui relictus eſt, proprietatis nudæ æſtimatio, & ita Falcidiæ ratio ineatur. Illud locum haber in liberis *Nov. 18. c. 3.* hoc in extraneis hæredibus: idque eſt quod Bartol. *notat in l. 1. § ſi vſusfructus, n. 4. ad l. Falcid* ſi propterea valeat quartam, quod nihil ex vſufructu detrahatur

An tenetur ad ſoluendum æs alienum.]Res expedita eſt, quod in effectu vſufructui decedit: cæterum cum vſufructuarius non ſit hæres, nō poterit à creditoribus conveniri, in eoque errare videtur Bart. *in l fin. de vſufruct. leg* exiſtimans eandem eſſe rationem, ſiue quota hæreditatis proprietarie an vſufructuarie legetur.

Lit. K.

Ait vſumfructum conſtitui poſſe etiam pro parte diviſa, & rationem ſubiicit in allegatis, quod fructus ſit in fruendo vel percipiendo, id cum in facto conſiſtat recipere diviſionem: & inde porro concludit vſumfructum diuiduum, cæteras ſeruitutes indiuiduas eſſe. In quibus non ſemel peccare videtur. I. quia cur vſusfructus pro parte diuiſa conſtitui poſſit, vera ratio eſt, quod ipſe v. c. fundus recipit diuiſionem, quo ſenſu dicitur *in l. 25 quibus modis vſusfruct. amitt.* certæ partis videlicet pro diuiſa vſumfructum eſſe poſſe, ipſe autē vſusfructus in partes actu diuerſas diſtingui non poteſt: nulla adeo eſt ratio Tr. quod fructus ſit in percipiendo. Et ergo II. diverſæ quæſtiones commiſcentur, an conſtitui poſſit pro parte diuiſa, an ſit diuiduus. III. nec concludere videtur ratio pro diuiduitate vſusfructus, quod conſiſtat in facto: quia ſiue ſingula facta conſideremus, ea potius indiuidua ſunt, ſiue plura & diuerſa, nō minus ita vſus, imo cæteræ quoque ſeruitutes fuerint diuiduæ. Male igitur ex præmiſſis, & ex eo præſertim, quod pro parte diuiſa conſtitui poſſit vſusfructus, ad eius differētiam à cæteris ſeruitutibus infertur: maxime cum etiā ſeruitutes reales in diuerſis partibus fundi conſtitui poſſint. Et igitur manet adhuc inexplicatū, qua ratione vſusfructus diuiduus, vſus & reliquæ virtutes indiuiduæ dicantur. Duplex quæſtio eſſe poteſt, an ſit diuiduus vt conſtitutus, ratione fructuarij an vt cōſtituendus, reſpectu v. c plurium hæredum. Et hic dici poſſit, plures hæredes non in ſolidū ſingulos obligari ſed pręſtatione partium fundi liberati. Verum hæc quæſtio hinc quidem aliena videtur, prior autem huius loci, *argum. leg. 19. de vſu & habitat.* vbi dicitur frui nos pro parte poſſe, pro parte vti nō poſſe. Ex quo refutatur explicatio Gœdd *in leg 25. de V. S. num. 18.* ideo diviſū eſſe vſumfructum, quod penes alium fructus, penes aliū vſus eſſe poſſit: vel quia ICtus in ipſo fructu diuiduitatem illam collocat, vel quia ex verbo, vſusfructus, rationem decidendi ſumere, friuolū eſt: & alias eodem modo actus diuiduus diceretur, quia licet contineat jus eundi ſeparatum, hoc tamen ab eo ſeiungi poteſt. *Donell* 10. *comment* 24. vſus, inquit, in nudo facto conſiſtit & nullos relinquit fructus qui diuidātur, at bene vſusfructus qui dicitur diuiduus propter vtilitatem diuiduam, in qua verſatur. Quo pertinet quod ait *Conan 4. comment. nu. 11.* quod vſus ad victum eius cui datur conferendus ſit, qui diuidi nequeat, cum nemo pro parte viuere poſſit, *Hottoman illud quæſt.* 20. ait vſumfructū ſubtilitate indiuiduum, vtilitate diuiduum eſſe, & propter facilem fructuum diviſionem. Illa perſpicue inepta eſt ſententia, quam proponit *Lyclama 3. membr.* 10. ideo vſumfructum diuiduum dici, quod ius fruendi etiā extraneo vendi poſſit. Putarim dici etiam poſſe, vſumfructum dici diuiduum, quod cæteris ſervitutibus integris ſemper vtitur, ſed vſufructu etiā pro parte, imo nunquam ſimul vtitur toto. Et hæc fortaſſis eſt ſententia Dd his verbis propoſita à Bartol. *in l. 1. § ſi vſusfructus, ad leg. Falc* quod vſusfructus tātam affectat vtilitatem in parte reſpectu partis quantā in toto reſpectu totius: quod latius exponit Caſtrenſ. *ibid.* & in ſpecie quod indiuiſibilia habeantur, quæ ad neceſſitatem pertineant, quā cū reſpiciat vſus, neque pro parte nos ſuſtētare aut viuere poſſimus, ea cauſa vſum indiuiduum appellari: cū præſertim etiam iſta ſeruitute reſpectu eiuſdem obiecti fructū ſimul tota vti videamur: vſufructuarius autem quoad fru-

Digitized by Google

ctus domini inſtar eſt, iiſque non tantum ad neceſſitatē, ſed etiā voluptatem vtendi ius habet: quamuis tentari poſſit, vſum collatū cū vſufructu indiuiduum, ſed cum cæteris ſeruitutibus realibus quodammodo diuiduum cēſeri poſſe.

THESIS IV.

Hæc theſis ferè fugitiua eſt, tractans de iure accreſcendi, de quo plutibus agitur *infr. part. 2. diſp. 13. theſ 3.* quo iſtam materiam remittimus: quoniam eiuſmodi eſt, vt præſtet de ea tacere, quam pauca dicere.

THESIS V.

LIT. A.

Recte hic fideiuſſores requirit, quia hæc eſt natura ſatisdationis, præſertim prætoriæ, *per text alleg iunctal. 7. d prat. ſtip. iunct. l. 8. § 4. qui ſatiſ. cog.* de quo actū ſupr. *diſput. 5. th. 2.* Sed illa ratio qua hic vtitur, quod in iudicijs cauendū ſit per fideiuſſores, non videtur bona: tū quia hæc ſatisdatio etiā extra ius vel iudiciū præſtari poteſt, tum quia nō iudicialis, ſed prætoria cautio eſt, quæ duæ ſpecies inter ſe opponuntur *l d diviſ ſtip l. 5. d V. O.* & lōge diuerſo ſenſu cautiones iudiciales, prætoriarū ſpecies conſtituuntur. *l. 2. in pr. d. prat. ſtip.* Plane ex accidenti hæc cautio iudicialis eſſe poterit: ſi petente actore vſumfructum, de cautione non præſtita excipiatur.

LIT. D.

Nihil moror, quæ hic de iuratoria cautione & ſequeſtratione, vel ſūma certa a domino proprietatis præſtanda proponuntur. Plane quod inter neceſſaria hæc cautio refertur *l. 8. § 4. qui ſatiſ. cog.* difficilius poterit omitti: attamen arbitrio iudicis committendum erit, quomodo iſta res expediatur. Poſterius remedium poſſit eſſe cum iniuria fructuarij, ob incertum fructuum prouentum Facilius in vſufructu admittemus iuratoriam cautionem, ſi inter viuos conſtitutus ſit, quod hic proprietario imputari poſſit: Nulla plane hic captio proprietarij erit, qui abutente fructuario, ſatisdationem petere, aut alia remedia poterit implorare

LIT. E.

Ait hic, quod cautio omnino ſit de ſubſtantia quaſi vſusfructus. Hoc quidem impropriè dictū accipiendum eſt, quod cautio ad ſubſtantiam & conſtitutionem vſusfructus non concurrat, ſed magis ſit loco proprietatis. quæ vſufructui opponitur. Ideoque eo modo, ſed impropriè de ſubſtātia diceretur, quatenus circa proprietatem nullus vſusfructus ſtatui poteſt. Plenius tamen ita diſtinguendum, vt ita de ſubſtantia eſſe videatur, quatenus conſideratur hic vſusfructus, vt initio SCto admiſſam, per quod aliter introduci non potuit, quam vt ſimul proprietario cauendum eſſe introduceretur: quia proprietas in fructuarium tranſit, *l. 7. de vſuſr. ear. rer.* idque eſt quod dicitur *in l 2. d vſuſr. ear. rer. &c.* remedio cautionis introducto cœpiſſe quaſi vſumfructū haberi & *in § 2. inſt. Dd. vſufr.* quod ſenatus illum quaſi vſumfructum per cautionem conſtituerit. Cæterum poſtquam. vſusfructus hic ita ineſſe deductum eſt, nihil impedit, quoniam cautione omiſſa vſusfructus dici ille & eſſe poſſit. *arg. l. 5. § 1. de vſufr ear. rer &c.* quoniam poteſtate SCti & omiſſa & finito vſufructu ipſa quantitas condici poteſt *d l. 5 § 1. inſ.* Quæ ſententia & à Tr. & Pinelli opinione *in l. 1, part. 2. C. de bon. matern n. 78.* aliquantum abire videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Negat obſtare, quod donator (ita enim legēdum, non donatarius) omnium bonorum, reſeruato vſufructu cautionem præſtare teneatur. Hoc quidem per modum exceptionis, neque tantum donatore omnium bonorum, ſed etiam partis, imo etiam rei ſingularis proponendum erat: maximè, ſi ratio Treut. concludit, quod hi omnes ex liberalitate ſua conueniuntur.

LIT. B.

Quia diues] Si hæc bona ratio, nec privatus fructuarius locuples cauere debebit: niſi forte hæc diuerſitas, quod priuatus facile labi poteſt facultatibus Et tamen fortaſsis hoc privilegium fiſci eſt, vt onere ſatisdandi grauetur.

LIT. D.

Rationis eſſe ait, vt cautio fructuario ab hærede remitti poſſit, ſed nō poſſit à teſtatore: quę etiam ſententia eſt Accurſ. *in l. 1. h t & in l. 1. C. e. & Cyn ibid.* Atquin contra quod hæredi permiſſum eſt circa bona defuncti, idem & magis teſtatori circa bona propria fuerit permittēdum, poſtquam ei a lege in futurum de bonis ſuis diſponere conceſſum eſt. Et diverſa ratio eſt Falcidiæ, quam olim prohibere non poterat teſtator, quia ex lege omnino quadrans hęredi relinquēdus erat: cæteroquin etiam cautio legatorum à teſtatorē remitti non poſſet, contra *l 7. C. vt in poſſeſſionem legat* Et ratio quæ à Cyn. affertur, ne detur cauſa delinquendi, ead. militat in hærede Et igitur dixerim poſſe remittere hæredē, ita tamen vt remiſsio illa in ſe habeat tacitam cōditionem, ſi videlicet rectè vtatur fructuarius, adeoque non præiudicare ſibi illa remiſsione,

quo

Digitized by Google

quo minus ad eam habeat regreſſum, quæ videtur eſſe ſententia *Donell. 10. com 14.* & licet aliæ forte actiones v. c. legis Aquiliæ, hæredi competere poſſint, vtilius tamen eſt ex ſtipulatione & ſatisdatione agere cũ præſertim illa verba vſurũ ſe boni viri arbitratu, multa comprehendant. Illa pars de reſtituendo fortaſſis & à teſtatore & ab hærede remitti poſſit, quod hic ceſſent ſuperiores rationes: eamque ſententiam poſt alios proponit *Lyclam 7 member 29.*

Lit. F.

Ait quod fructuarius delinquens in cautionẽ, non protinus amittat ius ſuum. Hoc & ipſe probo, ſed illud improbo. quod circa allegata, mala ſequutus eſt fidem VVeſemb *in paratit. ff quib. mod. vſufr. amitt* non tã quod autores citati pro diſſent. de vaſallo & emphyteuta agunt, quia ab his ad fructuarium hæc in re bona videtur illatio, quam potius quia apud Bald. quidem nihil tale eſt, Iaſ autem iuxta vulgatam diſtinctionem *in l. diuortio* 8. ſed iuxta Florentinam *in l. 5. §. ſi fundum* 12 *ſol. matr.* communem quidem opinionem illam fatetur, quod iure ſuo cadant, ſed ipſe opinionem contrariam Imolæ ita probat, vt eam ſicut Euangelium veram eſſe dicat, hac præcipue ratione, quod pœna caducitatis extra caſus à lege expreſſos non inducatur: & ibid. rationem differentiæ reddit inter vaſallum & colonum, qui nudum & perſonale & tantum temporale ius habet. Limitatio autem, quam ex VVeſemb. proponit Tr. in caſu grauioris deteriorationis, ab eod. Iaſ. *in d § 12 in fin* ſententiæ communi Dd. quæ caducitatis pœnam admittit, applicatur. Sed nimirum eod redit vtraque hæc propoſitio. Fructuarius amittit ius ſuum ſi grauior ſit deterioratio, non amittit ius ſuum, niſi grauior ſit deterioratio.

THESIS VII.

Lit. A.

Proponit in th. tantum actionem perſonalẽ ex ſtipulatu vel ex teſtamento. In quo ſibi contradicit *th. 3. lit. A.* vbi traditione opus eſſe negauit in caſu vſusfructus vltima voluntate conſtituti. Et ſane, ſi tantũ actioni perſonali hoc caſu locum facit, errare videtur: quia imo actioni confeſſoriæ in rem ſtatim locus eſſe videtur, *ex leg. vn §. 4. quan dies vſufr eod* vbi ab adita hæreditate dicitur cõpetere actio de vſufructu, quomodo nõ appellatur actio perſonalis. Facit quo vſusfructus iure legati acquiſitus dicitur *l. 29 de vſufr. legat.* & legatus vindicari poſſe *l. 10 eod tit.* & *in l. 25. §. vlt. h. t.* Vſusfructus iure legati cõſtitutus, cũ traditio conferatur: & ſi via legata ipſo iure acquiritur *l. 19 § 1. quemadm. ſer amit.* etiam poterit vſusfructus, neque hic à regula, quæ pro omnibus legatis vindicatio datur *l. 1. C. com d leg.* excipi poterit, etiã ſupra oſtendimus, falsũ eſſe, quod vſusfructus tantũ per damnationẽ potuerit legari. His cõſequens eſt, parũ cautum fuiſſe Tribonianum, qui *in l pen. C h t.* (qua deceptus fuit Tr.) ita loquitur, ac ſi pro vſufr legato actio tantum perſonalis competeret, & olim etiã tãtum competierit: aut potius ille incuria quadã actionẽ perſonalẽ cum confeſſoria cõfudit: vel eo argumento, quod dubitatio, *d l pen* de amittenda actione per non vſum, tantum illi caſui, quo vſufructu conſtituto actioni cõfeſſoriæ locus eſt, conuenit, nondum autem acquiſitus, & qui tantum actione perſonali, vt conſtituatur, peti poteſt, per nõ vſum nequit amitti: & cõſtituto iã vſufructu de actione perſonali amittenda fruſtra quæritur: (cui tamen rationi conatur reſpondere *Gl. in pen C h t. de quo v. ibid. Caſtr.* & *Cyn.*) Sed & quod de excluſione actionis per lõgi temporis præſcriptionem traditur, actionũ realium eſt proprium. Et reuera abſurdum eſt, quod etiã Salic. movet *in d. l penult:* vt actio perſonalis v. c ex ſtipulatu, decem aut viginti annis tollatur: adeoq; vt maxime in caſu vſusfructus vltima voluntate conſtituti, hoc defendi poſſit, quia cum hic ipſo iure acquiratur, ead. ratio actionis ex teſtamento & confeſſoriæ eſſe videtur: attamen vix vllo prætextu eo caſu quo vſusfructus ex conuentione debetur, defendi poteſt: quoniam hic ante traditionem nullus vſusfructus, & nulla confeſſoria actio eſt, & hinc factum, vt interpretes priſci in tam varias diſceſſerint opiniones, vt videre eſt ex Dd. & præcipue Cyn. *in d l. corruptionem C h t.*

Sed quid an qui moram.] Ait eum qui moram facit in tradendo vſumfructum, ex eo tempore fructus præſtare, idque non tantum procedere in vſufructu per ſtipulationem, ſed etiam vltima voluntate conſtituto. Quæ præpoſtera locutio eſt. ſiquidem facilius in actione ex teſtamento fructus veniunt, quam ex ſtipulatu, imo regulare eſt vt in illa quæ eatenus bonæ fidei actionibus comparatur *l. 34. d. vſur.* poſt moram fructus & vſuræ præſtentur, hac autem demum fructus poſt litem conteſtatam *l. 38. § 7 d. vſur.* Ea autem regula quo minus huc referri poſſit, illud facit, quod v. c. in promiſſione vſusfructus, non corpus aliquod, ſed magis ipſi fructus venire videntur, qui adeo non acceſſorij, ſed

prin-

Digitized by Google

principalis habeat rationẽ, facit *l. quæſitũ 37. h. t.*

LIT. C.

Cur pro incorporalibus.] Ratio huius rei explicatius ita proponẽda videtur: quod tria ſunt: de quibus circa res litigari ſolet, dominium, poſſeſſio & iura ſeruitutum. Ex his poſteriora duo exercendo actus poſſeſſoris quoſdam, de facto in re aliqua mihi aſſerere poſſum, dominium de facto non poſſum: quoniam hoc in mero iure cõſiſtit, & vt maxime quis ſe dominum aſſerat, nihil poſſidenti præiudicat, & nihil agit, niſi conſtituto iudicio experiatur. Ideoque nulla etiam actio prodita eſt, qua alium dominum eſſe negem: ſed prodita ſunt remedia, quibus negem alium eſſe poſſeſſorem, id eſt, mihi ſoli poſſeſſionem aſſeram, quod fit interdicto vti poſſidetis itemque quibus alij ſeruitutem in medio deberi negem, id eſt prædium liberum eſſe, neque ſolum ius eo vtendi habere aſſeram, quod fit per actionem negatoriam. Ex quibus apparet, quod Treut. non recte à qualitate rerum, an ſint corporales vel incorporales, hanc differentiam deſumat.

Vtilis ſeruitutum vindicatio.] Quæritur an fructuario vindicatio ſeruitutũ fundo debitarum competat. Qua in re pugnãtes ſunt textus *in l. 1. §. 4. d. remiſſion. & in l. 1. in princ. & l. 5. § 1. ſi vſusfr. petat.* quos Accurſ. & Dd. per diſtinctionẽ actionis directæ & vtilis, itemq; principaliter & per conſequentiam conceſſæ vindicationis, conciliare nituntur. Verum diſſenſio hæc apertior eſt, quam vt diſſimulari poſſit, & ſequor ſententiam *Cuiacij. 1. obſeruat. 16. Hottom. 2. amicab. reſponſ. 16.* Iuliano cum cæteris ICtis non conueniſſe, & in hac quæſtione, & in illa, an fructuario ius ſit nuntiandi nouum opus, *arg. d. l. 1. §. 4. d. remiſſion. iuncta l. 1. §. vltim. d. noui oper. nuntiat.* Cæterum Tr. ſequitur Vult. qui eandem quidẽ, qua Dd. vtuntur, diſtinctionem, ſed plenius & tanquam nouum ſuum, inuentum proponit, in hanc ſententiã vt dicat, Iulianum nõ exiſtimaſſe quaſi recta fructuarius vindicare poſſit ſeruitutes, ſed quod eo ipſo dũ vſumfructũ vindicat, ſimul ſeruitutes reales vindicare, & nouum opus nuntiare intelligatur: & quod alias cum ſeruitus ſeruitutis eſſe non poſſit, ſententia Iuliani in principia iuris impingere: & licet Vlpia. *in l. 1 ſi vſusfr. pet & in l. 1. d. remiſſ.* vna cum aliis eam ſententiam Iuliano imputare videatur, illos tamen ICtos Juliani mentem non ſatis fuiſſe aſſequutos. Verum hæc & alia quæ traduntur à Vult. *s. diſcept. 18.* minime pulchra, vt Tr. arbitratur, ſed oppido quam in ſubtilia mihi eſſe videntur. Nã 1. ingens illa verborum abuſio, & diverſarũ rerum confuſio ICtis incognita & per ſe abſurda eſt: cum nemo ita loquatur, vt ſub vindicatione ſeruitutum, & multo minus ſub nuntiatione noui operis, vindicationem vſusfructus intelligat: quin ipſe Iulian. *in l. 14. de nou. oper nunt* diſerte nuntiationem noui operis à vindicatione ſeruitutum, & *in l. vn. §. 4. in fin de remiſſ.* (alias inepta eſſet diſtinctio inter dominum & alium vicinum) à vindicatione vſusfructus ſeparat & ſecernit. 2. per abſurdum eſt exiſtimare, quod Vlpia. & alij eius æui ICti de Iuliani ſententia minus recte iudicium facere potuerint, quã nos hodie, quibus non niſi rudera, & quaſi tabulæ ex naufragio relicta ſunt: niſi quis illos inſignis aut ſocordiæ aut calumniæ reos agere velit, 3. ſententia illa Iuliani minime in principia iuris impingit: quia ille non cõceſſit vindicationem ſeruitutum, tãquam vſufructui, vt male hoc accepit Vult. ſed tanquam fundo debitorũ, in quo omne ius fructuarius habet: ſicut creditori pignoratitio vindicatio ſeruitutum datur *l. 9 d. nou. op. nunt.* non quatenus pignori ſed qua ipſi fundo debentur, propter ius quod in eo creditori eſt conſtitutum Quod in extremo huius th. appingit Tr. de vſufructu vxoris in dotalitio conſtituto, & tutore conſtituendo, tanquam hinc alieniſſimum inſuper habemus.

THESIS VIII.

LIT. B.

Agitur hic de conciliatione textuum, in quæſtione], an fructus poſſit eſſe ſine vſu: vbi refert & ſequitur vult, quod textus qui fundum ſine vſu eſſe affirmant, de eo vſu accipiendi ſint, qui fructui opponitur, non qui ſub illo continetur. Atqui hæc petitio quædam principii eſt: ſed illud ſentire videtur, quod vſus conſideratus quæ ſeruitus à fructu ſeparatus ſit, cæteroquin ſub illo contineatur: quæ etiam ſententia eſt Cuiac. 13. *obſeru. 20. & Ant. Fabr. 1. coniectur 20 in fin.* Verũ ita ICti in verbis quodammodo luſiſſent. Sed obſtat, quod *l. 14. §. 1 de vſu. & hab.* dicitur legato fructu, fruſtra & inutiliter adimi vſum. Simpliciter dicendum videtur fructum natura ſua omnem continere vtilitatem, ſed ex accidẽti fieri poſſe, vt aliquando ſeparatio fiat, vbi nimirum teſtator expreſſe vni fructum, alteri vsũ aſsignauit, nõ quod hic fructuarius non vtatur, quia ipſũ frui vti eſt, ſed ita dicitur ratione obiecti, & quod fructuarius hoc caſu non habeat pleniſsimum vſum, ſed illi tantũ decedat, quantum

Digitized by Google

tum ex ratione iuris vſuario debetur. Et ita explicāda videtur *d.l.14.§ 1 d vſ & habit.* vt ICtus ibi non grammatice in verbis luſerit, ſed dum ait, fructum ſine vſu eſſe non poſſe, ad naturam regularem vſusfructus reſpexerit, cui tamen ſeparatione expreſſa teſtatoris derogati poſſit, ꝙ oſtendit *§. vltim. d. l.14. & d. §.1. in fin* vbi dicitur fructu legato fruſtra adimi vſum. ſicut *in l. d. adim. legat.* actu legato fruſtra adimi iter: quod ſcil hæc niſi expreſſe à teſtatore alteri ſint asſignata, natura fructus & actus contineantur illud plane conſtat, etiamſi alteri vſus conſtitutus ſit effectu tamen & re ipſa penes fructuarium, qui pluſquam vſuarius habet, vſum reperiri, quo etiam diſput. ſeq. th 4.

LIT. C.

Vnde in montibus venari.] Ex eo quod dixerat, ad fructuarium omnes fructus pertinere, infert ad ius venādi Parum recte, quia venatio in fructu nō eſt. *l. 25. de vſur: cui non obſtat l. 62. h. t.* quia aliud eſt venationem in fructu eſſe, aliud fructuarium venari poſſe: quia venatio iure noſtro omnibus libera fructus autē ſunt, qui ex re naſcuntur, & iure ſoli, vel pro cultura & cura domino vel bonæ fidei poſſeſſori acquiruntur: eoque re per dominū à bonæ fidei poſſeſſore euicta, ſub reſtitutione fructuum, quod per venationem quæſitum fuit, proculdubio non continebitur. Poteſt etiā dici *ad d. l. 62. h t.* ea de cauſa ius venandi fructuario tribui, vt intelligamus eum hoc facere poſſe iure ſuo, cum alias in alieno venatutus à domino poſſit prohiberi.

Lucra etiam fortuita.] Nimis generaliter imo male affirmat, quod lucra fortuita inter fructus ſint referenda: repugnat enim ratio, qua fortuita, ab iis quæ ex terra naſcuntur diſtinguuntur: & theſaurus qui maxime fortuitus eſt certo iure ad fructuarium non pertinet, Et adeo ſentētia Tr non poterit eſſe niſi particularis, imo nō poterit eſſe vera niſi in iis quæ ſimul & magis etiam naturam fructuum ſapiunt, veluti ſi ſingulari felicitate anni vbertas magna fuerit, quod tamen nonniſi improprie inter fortuita referri posſit.

LIT. D.

Fructus maturi ſed & adhuc pendentes finito vſufructu proprietarium ſequuntur. Equidem Cuiac & aliorum opinio, qui vel pro rata anni fructus diuidendos, vel ſaltem impenſam culturæ præſtandam exiſtimant, æquitatem videtur ſapere, ſed iure deſtituitur. Et ſicut legato, vſufructu, maturi fructus, tempore mortis teſtatoris, fuctuarii ſunt, ita vt finito vſufructu fructus maturi pendentes ſint proprietarii, proportionatæ æqualitatis ratio ſuadet. Sed illud elegantis, & huic loco conuenientis (quoniam huius quoque generis fructuum *lit. C.* meminit Tr.) conſiderationis eſt, an idem obtineat in fructibus ciuilibus, videlicet annuis penſionibus, ita vt ante terminum, quo ſolutio fieri debet, mortuo fructuario, nihil omnino ex iis ad eius heredes pertineat. Pone, teſtatorem literas cēſuales vſufructuarie, aliqui, ita vt inde quamdiu vivit, annuos reditus percipiat, legaſſe. Pone ipsū legatarium, pecuniam cuius ipſi quaſi vſusf. relictus fuit, pro penſionibus annuis elocaſſe. Pone coniugem cui omnium bonorum vſusf. vel ex teſtamento vel ex iure debetur ante diē quo penſiones ſoluuntur, decesſiſſe. His omnibus caſibus quæritur an penſiones integras ſibi proprietarius, an tantum pro rata temporis vendicare posſit. Et memini cum, hæc quæſtio de facto incidiſſet, virum eruditisſimum & ICtum politisſimum, quod hac in re alia naturalium, alia ciuilium fructuum ratio ſit, hoc fere modo & his fundamentis confirmaſſe. Fructus qui ex terra naſcuntur, ſicut annatim proueniunt, & totius anni curriculum ad maturitatem ſuā requirunt: fructus, inquit Varro non ager ſed annus producit ita ſinguli nonniſi ſemel in anno, ſuo quique & diuerſo tempore, nec diuiſi & per partes anni, ſed ſinguli ſemel in ſolidum à fructuario percipi poſſunt: cuius manus ſi effugerint, pars fundi manent, & agri totius dominum & ipſi libenter agnoſcant. Longe alia ratio eſt pecuniæ, rei per ſe ſterilis & in ea cōſtituti vſusfructus qui quidem non ex corpore rei, ſed per vſum & negotiationem prouenire debet, velut vſura *l. 36. d. d. vſur. l. 121. d. V. S.* Eæ non toto vertente anno naſcuntur, ſed imo cum Lunæ vicibus paribus & Calendas eæ recurrere ſolent: cū & ἡμεροδανεισας nonnūquā legam⁹, & Hebræis ſolemne eſt, in hebdomadas fœnebres obulos paciſci. Quapropter finito vſufructu ſatis eſt ſortem & ſummam principalem ex forma SCti proprietarium redire, vt vſuræ ceſſætes maxime diuidua pro rata temporis ad hæredem fructuarii pertineant: quoniam vt dictum hæc nō per annos, ſed ſemeſtria. ſed menſes, imo dies, atque, adeo momenta computantur, & hoc à tempore præſtitæ cautionis ad diem finiti vſusfructus. Eademque omnino conditione eſt omne genus penſionum & redituum in vnum pluresve annos, ex ædibus, fundis, cenſibus & quibusvis bonis: quæ vt à tempore conſtitui vſusfructus vſufructuario acquirantur *arg. l. 59. §. 1. h. t.* ita momento finiri vſusfructus interſcinduntur,

tiuus ad vſucapionẽ nõ prodeſt *v.§ Error 11. Inſt. de vſucap l.27.d.vſuc.l.11 pro empt l.vlt.§ 1.pro ſuo.*

LIT. B.

Vt ne quid Eccleſia.] Ratio dubitandi addenda erat ex *l.vt inter Cod. de SS Eccleſijs*, ex qua eccleſia dominium rei etiam ſine traditione conſequitur, vt ibidem communiſſime notant Dd. ideoq, cum idem priuilegium *de l ciuitati datum ſit*, non tantum de Eccleſia hoc proponendum erat Lapſus autem eſt Treut, in citando Iaſone, quoniam hic *in dict.l.diſerte poſt Innocent.* & Bald. eo caſu autor Publiciana vti poterat, etiam eccleſiæ citra traditionem publicianam competere affirmat, videlicet ex perſona autoris: quod ipſe Treut.th.ſequent generaliter affirmat quoties ſine traditione dominium acquiritur: probatur *l.1 §.2. de public.* vbi ICtus quærit, cui traditionis mentio facta ſit in edicto, cum tamen & alijs modis transferatur dominium, veluti per legatum: quæ oppoſitio inepta & nulla eſſet, ſi hoc quoque caſu traditionem interuenire neceſſum eſſet: facit *l 11.§.1. eod.titul*, licet eius ſpecialis ratio dari poſſit, quod etiam iacente hæreditate, vſucapio continuetur. Ex propria autem perſona, quia poſſeſſionem nondum adeptus eſt, non poterit mouere publicianam: quod etiam notant *Iaſ in §. ſed iſta l. d action.n.75 & ibi. Zaſ.nu.11.* licet videatur aliud probare Ioh. Fab. *in d.§ col 3.*

LIT. C.

Iure Canonico continuata requiritur.] Controuerſum hoc eſt, an ſtante traditione Iuris Canon. ille cui mala fides ſuperuenit publiciana vti poſſit: quod recte videtur negare Treut. cum Ioh. Fabr. Ang.& Iaſ. *in d. §. ſed iſta Inſtit d.act.* quippe cum fundamentum publicianæ ſit ius vſucapiendi. Neq; obſtant rationes *Iaſonis in dict. §.num 82. & ſequentibus.* I. quod ius canon.non ſit extendendum: quoniam hoc non fit per extenſionem, ſed per neceſſariam ex eo iure conſequentiam, quod negata vſucapione, negatur publiciana, & Iure Canon. ead eſt ratio idemque effectus malæ fidei ſuperuenientis. quæ iure ciuili initio præſentis. II. quod amiſſa poſſeſſione & ita interrupta vſucapione publiciana habeat locum: quia diuerſa ratio eſt vſucapionis interruptæ per amiſſam poſſeſſionem. & ſecundum Canon. plane vitiatæ per ſuperuenientem malam fidem, quæ facit, vt fictioni, qua hæc actio fouetur, nequeat eſſe locus

Mala vero fides tradentis.] Prolixa diſputatio eſt, an & quatenus mala fides autoris noceat ſucceſſori, de qua agitur *infr p 2.diſput 12* Vbiq; non impedit, quo minus ſucceſſor ſingularis vſucapere poſſit, adeoq; publiciana experiri: nõ obſtante *authen ma'a fidei Cod. d l. ngi temp præſcript. Nou.119.c 5.* quoniam, vt Iaſ nota: *in d §. ed iſta Inſtit d action. num 80 Iuſtin* eo caſu non ſuſtulit præſcriptionem, ſed tempus prorogauit, & alias eius qui bona fide accipit, melior quam iniqui detentatoris conditio eſſe debet.

LIT. D.

Qui nec dum vſucepit.] Prætenditur tamen impleta vſucapio *d. § ſed iſta* de quo bene *Iaſ. n.ibid. contr. Iaſ Ang.& Schneid num. 45.* & qui exiſtimant, quod auctor debeat profiteri vel ſe dominum non eſſe, vel ſe dubitare an autor fuerit dominus.

THESIS XIV.

LIT. A.

Ait enim ex perſona autoris amiſſa poſſeſſione mouere hanc actionem, qui ſine traditione dominium accepit Atqui eum th.præced tantum non domino det hanc actionem, non recte hic dominium acceptum præponit. Sed &, ſi poſſeſſio amiſſa fuit, ergo prius eam acceptam, & ita traditionem factam eſſe neceſſe eſt Et vero cum actionem ex perſona auctoris proponat, poſſeſſio acquiſita poni non debet, quem etiam caſum tractant citati Iaſ. & Zaſ.

LIT. B.

Aduerſus detentorem.] Vt huic actioni locus ſit, oportet poſſeſſionem rei eſſe ſine titulo & bona fide *arg.l.9.§.ſi duobus*, vbi hoc notat Bart. *d.publ.act.Iaſ.in § ſed iſta l.de act n.19.& ibid. Iaſ n. 29*, quod vbi cætera paria ſunt, potior debet eſſe conditio poſsidentis.

LIT. C.

Etiam contra eum qui pro hærede] Contrariam ſententiam magis probo cum Iaſ. *in d §.n 29* nõ tam ex ratione, qua ipſe mouetur quod poſsideat pro domino, quam potius, quod poſſeſsionem & titulum habeat Nam quod Iaſon citat. *pro herede*, titulum eſſe negat, in homonymia phraſis illius lapſus eſt: quia pro hærede, vel ſignificat tenere pro domino, tanquam vniuerſitatem, quo ſenſu pro herede titulus eſſe negatur. iuxta notata diſput. præced & contra talem poſſeſſorem petitio hereditatis datur: aut ſignificat poſsidere rem ſingularem in hæreditate repertam, quo ſenſu, pro hærede titulus ad vſucapiendum habilis adeoque vere titulus eſt *§. furtiua verſicul vnus in rebus.I.D.vſucap. t. 1. Cod. & D. pro hærede.*

THE-

THESIS XV.

Quæ lit. A. & B. habentur, perſpicua ſunt: reliqua de partu ancillæ furtivæ ab ea quæſtione dependent, an hic vſucapi poſſit: quam reiicimus *ad diſp.* 22.

DISPUTATIO XVI.

DE VSVFRVCTV.

Reſpondente.

HENRICO à Quaſen.

THESIS I.

LIT. A.

EST *ſervitus perſonalis.*] Genus hoc quidem recte ſe habet *l.* 1 *d ſervit.* Sed etiam deſiderat differentiam, quod cõgrue dicitur ſervitus vtendi fruendi. Neque *in l.* 1 *h t.* ius ſervitutem ſignificat, ſed vſusfructus ibi relatione ad fructuarium habita definitur: quod Donell. 10. *commentar.* 2. notat in definitione iſta ius ſignificare poteſtatem & facultatem, contra Accurſ. qui explicat pro ſervitute. Haud ſcio etiam, an recte omiſerit verba: ſalua ſubſtãtia: quoniã ius vtendi, fruẽdi etiã cũ iure abutendi conſiſtere poteſt: neque enim qui dicitur quaſi vſusfructus, ſub hac definitione contineri debet.

Quatenus commoda utentis.] Cautione hic opus eſt, vt hæc verba commode accipiantur: nam in vſufructu etiam ius vtendi ad voluptatẽ ineſt: & in realibus ſervitutibus principaliter ſpectatur vtilitas prædii, vltra quam non poteſt extẽdi ea ſervitus *l.* 5 § 1. & *l.* 6 *d ſervit prædior. ruſtic.* cum præſertim ipſe Treut. *diſp ſeq th* 5. ius decerpendi pomum & ſpatiandi in alieno referat ſub ſervitutes.

Ea ſervitus privatiuè.] Imo magis relative hæc opponuntur: neque ſatis intelligo, quomodo hæc ſervitus dominium vel dominio priuare dicatur: ſicut nec illud ſatis aſſequor, quomodo per translationem hæc vindicatio ſervitutis eſſe dicatur, ſiquidem ſervitus de qua l. 1. agitur, toto genere differt ab hac ſervitute, quod recte tradit Donell. 9 *comment.* 21. & 22. vbi Accurſii quadrimembrem diuiſionem improbat. Hominum libertas eſt nullo ſeruire: prædiorum nulla talis libertas eſt, ſed ea libera dicuntur, ſi nulli domino ſerviant.

Cum aperta conventio.] Servitus eſt talis vel natura ſua vel ex accidenti *l.* 4. *de ſervitut præd ruſt.* Intereſſe autem videtur, an v. c. ius eundi per fundum concedatur nullum habenti fundum, quo caſu omnino ius perſonale eſt: an habenti fundum, vt tamẽ ius ad perſonam reſtringatur: & hoc caſu ſervitus natura quidem realis, ſed effectu perſonalis erit, *ex l.* 4. *in pr. de ſervit.* ad inſtar obligationum, quæ ad tempus conſtitutæ, non ipſo iure, ſed per exceptionem finiri & tolli dicuntur: itaque reipſa ſeu ipſo iure etiã tranſibunt in heredem & alium poſſeſſorem ſed exceptio obſtabit eam vindicantibus, quæ ex ſententia *Gl in l* 4. *ſerv. ruſt itemque Ioh & Azonis referente* Batt. *in l. Mela* §. *vlt. d aliam leg.*

LIT. B.

Recte igitur ab hoc tractatu removetur.] Videtur imputare Dd quaſi hi aliter ſentirent, & diſtinctionem vſusfructus in formalem & cauſalem ad hunc tractatum referret. Atqui illi non dubitant, quin hoc lib. 7. tantum de vſufructu formali agatur, & eum in genere ſumptum pro iure ſalva ſubſtantia vtendi, per differentias, rei propriæ & alienæ in cauſalem & formalem diſtinguunt. Eſt tamen illa acceptio rarior, & ſpecies ea vſusfr eſſe negatur *in l* 63 *h t.* vbi ICtus argutatur: quod poſſimus transferre ad aliũ quod noſtrum non eſt: quia imo illud ipſum ius quod cedimus, noſtrum ſed ſub alia qualitate, quam incipiat habere heres eum cui ceditur. Et hanc diſtinctionem, ſive his verbis propoſitam, ſiue ſub appellatione, nudi & pleni, ipſe Tr probat hac lit B. vbi ait, quod recte Cuiacius ſtatuat, loca illa iuris, quæ vſumfructum, partem fundi eſſe ſtatuunt, de vſufructu pleno eſſe accipienda: hoc enim poſito, præter vſumfructum de quo hoc lib. 7. tractatur aliam reperiri ſpeciem, neceſſario conſequitur, nec minus ex, quod ait *in th tit* D hic non ſumi pro dominio vel eius parte. & ergo alibi ita ſumetur ex ſententia Tr. quæ tamen vera non videtur: quoniam aliud eſt dici fundi, aliud dominii partem, quæ pro eodem ſumere videtur Tr. Cæterum illa ipſa ex Cuiac. propoſita aſſertio vera non eſt. ſiquidem non vno loco iuris etiam vſusfructus formalis partis locum obtinere dicitur: ratione emolumenti *l.* 66 § 6 *d legat* 2. quod cum ipſe Treut. affirmat *lit D. & F* vix à contradictione poterit excuſari. Cæterum *Cuiac. cit. loc. in l.* 58. *d V.O.* hãc propoſitionem habet, quod leges, quibus vſusfructus pars negatur, de vſufructu nudo ſint accipiendæ: alterius autem propoſitionis quibus

affirmatur, ſint omnes explicandæ de vſufructu pleno, nulla apud eum eſt mentio.

Imo ipſum plenum dominium.] Dubito an vſusfructus cauſalis recte dicatur ipſum plenũ dominium: quia licet vt coniunctus cum proprietate conſideratur, ab ea tamen omnino diverſitas eſt, & in vſu iuris ei opponi ſolet.

LIT. D.

Interdum partis loco.] Odioſe hoc totidem verbis repetitur in ipſa *th. lit. F & G.*

Vnde rurſus dominium] Non ſatis animaduerto, quomodo ex præmiſſis, quod vſusfructus patris vicem obtineat, diſtinctio Dd. in dominium vtile & directum cõvellatur: niſi forte ita colligit, quod cum fructuarius ad quem omne emolumentum ſpectat, dominus non ſit, ab vtilitate rei dominiũ vtile non poſſe conſtitui. Sed præterquam quod illatio eſt à particulari, neque ſi aliquis qui vtilitatem ex re percipit dominus non dicitur, ideo nullus dominus talis erit: etiam hoc vitium eſt quod non ſolum vtilitatem & fructus, ſed longe plus vaſallus & emphyteuta habeat & præcipuè ius vindicandi etiam contra ipſos directos dominos, 2 *feud tit. 8. & t. 47.* Itaq; qui ſolus ius agendi & pleniſſime re vtendi habet, non abſurde dominus appellari poteſt.

LIT. G.

Agitur hic de explicatione *l 4 h t* vbi in multis vſusfructus pars dominii eſſe dicitur: quæ verba Tr. eo refert: quod vſusfructus propter emolumentum pars dicatur. Verum non conueniunt ſequentia verba neque etiam, ꝙ in multis pars dicatur, quia vſusfructus ſemper continet totum rei emolumentum. Rectius dicemus, quod *in d l. 4.* vſusfructus opponetur cæteris ſeruitutibus realibus quæ nihil plane cum dominii iure commune aut ſimile habẽt, neque vt vſusfructus ex die conſtitui poſſunt. Recte *Canon. 4. comment. 6. n 2* vſusfructus inquit, in multis caſibus iiſdem iuribus, quibus dominium, cenſetur, ſicut & vſufructuarius quædam iura dominii habere videtur, quod ei & de damno infecto caveatur, & interdictum vnde vi concedatur. Nec multum hic abit *Pinell in L. 1. Cod. de bonis matern p. 3. num. 4 poſt Gloſſ. in d. l. 4. h. tit.* quod vſusfructus propter ſimilitudinem in aliquibus cum dominio pars eius dicatur. Vide *ibid* opiniones aliorum relatas Pinell. *num. 1. & ſeqq & apud Geddeum l. 25 d V. S.* Donell 10. *commeht. 2. Cuiac ad l. 36. §. 1. h t. tractat. 5. ad African. Mercer. id conciliatore pag. 34.* In hoc autem falli videtur Treut. quod Dd. imputat, quaſi hi partem dominii *d. l. 4. §. h tit. 4.* de domini vtili explicarẽt. Breuiter Accurſ ait eſſe partem dominii per ſimilitudinem *Br. in ead l. 4. poſt Pet.* eo reſpectu ait dici partem dominii, quo hoc & proprietatem & uſumfructum comprehendit *Bl ibid.* quod aliud ſit dominium proprietatis, aliud vſusfructus Florian quod ſit pars integralis.

THESIS II.

LIT. A.

Auferri patri per avum.] Male hoc de avo tantum proponitur, cum quivis ita relinquere filiof. poſſit ne uſusfr. ad patrem pertineat. *N. 117. c. 1.* Cæterum rectius dicemus, non tam quod LL. novis quos citat Tr. vſusfr. patri ſit conſtitutus, quam quod adempta proprietate, quam olim habebat, nudus ei uſusfr. ſit relictus.

LIT. A.

Non tamen in feudo.] Rationes hæ afferuntur à Vult. 1. *feud 4 n 8.* 1 quod feudum ſit inſtar peculii caſtrẽſis *arg. l. 1. C d. caſtr pec* 2. quod in feudis parentes non ſuccedant liberis. 3 quod circa ſervitia videatur electa induſtria perſonæ. 4. quod feudum ſit nihil niſi uſusfructus, qui ſi patri adquireretur, nihil penes filium remaneret, quibus rationibus licet eas Vult. ex intima iuris feudalis prudentia deſumptas eſſe dicar, eſt quod reponatur. Ad 1. non quidquid ob ſervitia militaria datur, protinus peculium caſtrenſe eſſe. *per d. l. 1. C. d caſtr. pecul* ſed nec omnia feuda militiæ cauſa dari conſtat. Ad 2. quod non de iure ſuccedendi hic quæritur: ſed de iure patris cui vſusfructus debetur: neque acquiri feudum patri, ſed tantum quamdiu vivit, fruendi ius, quod diverſum eſt à feudo. penes filium manente, & huius quaſi proprietatem quandam, quam in feudo conſiderari etiam ratione vaſalli poſſe, docet *tit. 43 lib. 2 feud* & ipſe Treut dum *lit.* ſtatuit à vaſallo vſumfructum in feudo conſtitui poſſe, ſeparationẽ feudi ab vſufructu admittit: quod & ius ſubinfeudandi oſtendit 1 vt proinde falſum ſit, feudum nihil eſſe aliud quam vſumfructum: quibus & quartæ rationi ſatisfactum eſt cui & hoc addo, quod etiam ſi nil amplius in feudo eſſet, tamen ob id patrẽ iure ſuo priuari non debere: quod ex iure ciuili confirmatur, quo etiam vſufr ſimplex in quo præter vſum fructum nihil eſt, per filiumfam cui relictus vel conſtitutus eſt, patri acquiritur *l ult. C. ll. t.* Ad 3. Reſp. ſeruitiorũ feudaliũ non eſſe eam naturã, quo minus etiam per aliũ expediri poſſint: quod ipſum etiam feudum concedendo filiofam.

do filiofam. dominus tacite permiſiſſe videtur, perinde ac euenit, vbi feudum ſervo, muto, ſurdo, clerico, fœminæ vel pupillo conceſſum eſt: aut imputet ſibi dominus, qui non ſub ea lege fundum cõceſſit, ne vſusfruct. eſſet patris: quod cum facere poſſet *Novell 117. c 1. Authent. item hæreditas. C. de bon. qualibet.* nec fecit, tanto magis ſervitia patris admittere tenebitur: quamuis *Sonsbec. de feud. pag. 8. num. 8* filium ipſum ſervitia præſtiturum, & nihilominus partem fructus lucraturum exiſtimet.

LIT. D.

Tertium hic exemplum ponit vſusfructus à lege his verbis *matri ad ſecunda vota tranſeunti in bonis à patre profectis, quæ ex ſucceſſione filij prioris matrimonij habuit.* Atquin I. qui plenus exiſtens dominus, amiſſa proprietate nudum retinet vſumfructum, ei non ſatis recte vſusfructus conſtitui dicitur, II. quod proponit de amiſſione proprietatis, non tantum obtinet in bonis per ſucceſſionem quæſitis, ſed etiam iis, quæ mater a defuncto marito recta & immediate accepit *l. 3 C. de ſecund. nupt.* III tãtum hoc obtinet in ſucceſſione ab inteſtato, & eius partis, quam ex inſtitutione mater habet, proprietatem non amittit *N. 22. c. 46.* IV. non tantum in matre, ſed etiam patre idem ius eſſe, docet *Nov. 22. c. 2. & N. 127. c. 3.* eamque communiſſimam opinionẽ eſſe patet ex Bartol. *deciſ. 185. num. 7 & deciſ 187. per totum.* Poſſit dici Tr. hoc exempli tantum cauſa propoſuiſſe, verum ead. breuitate coniugis mentionem facere potuiſſet.

LIT. E.

Item vſucapione.] Non tamen, vt prioribus caſibus, immediatè, ſed interveniente facto hominis. Poſſit etiam referri ad conſtitutionem à domino factam ſtãte fictione *l. 28. d V. S.* quod qui vſucapi rem ſuã patitur, alienare videatur.

Non directo, ſed prætoris tuitione.] Nimirum ſummo iure ſolus rei dominus v. c. rem pignori dare, vel vſumfructum conſtituere poteſt. Verum ex æquitate hoc iis quoque permittitur, qui ius pleniſſimum re vtendi habent eoque prætor æquitatis cuſtos, hos, quibus ab illis ius tale conſtitutum eſt, quatenus domino nullum inde generatur præiudicium, contra ipſum dominum tuetur, per textus à Tr. allegatos *iuncta l. 11. § 2. d. pignor.* Cæterùm quod de vaſallo hoc idem ait, idem dubiũ capit, quod ille mero iure feudali ſubinfeudandi ius habet, in quo etiam amplius. quam in ſimplici vſusfructus conſtitutione eſſe videtur: & alias ex eod. iure feudali vaſallus in ſui præiudicium ſervitutem feudo imponere poteſt *2 feud. 8.*

LIT. I.

Secus eſſe ait in quaſi vſufructu, qui tantum vltima voluntate conſtituatur Quod non ad remotiora, (quoniam pater proculdubio etiam reb⁹ filii fungibilib⁹ vtitur fruitur,) ſed ad proximius referendum eſt, quo de vſufructu à domino conſtituto tractatur: vt intelligamus vſumfructum quaſi, non ex contractu conſtitui. Et vero S C.tum hoc in gratiam teſtatorum introductum videtur: & nulla fuit ratio, vt propter conventiones viuentium, qui alias quo volunt modo paciſci poſſunt, quaſi contra naturam rerum, hoc conſtitueretur: qua de cauſa *in § 3 I. h. t & tit D. vſufr.* tantum legatarii & heredis fit mentio: & nominatim *in l. 1. eod tit.* ſenatum cẽſuiſſe dicitur, vt omnium rerum vſusfructus legari poſſit. Quamuis non ſatis ſolida ratio differentiæ occurrat, quæ impediat, earum quoque rerum conventione vſumfructum cõſtitui poſſe, poſtquam S C.to introductum eſt: vt talis vſusfructus eſſe & dici poſſit: ſiquidem & teſtator vel ſub hac l. donare, vel heredem, v. c. pecuniã tanquam mutuam alteri concederet, damnare potuiſſet: aut ſi naturæ harum conventionum qualitates iſtius vſusfructus repugnare dixeris, idem conuentionibus viuentium obſtabit: & ſi conuentio hæc; vt aliquis pecunia alterius quam diu viuit, ſub lege tantundem reſtituendi vtatur, iure donationis vel mutui æſtimari non poteſt, & ea tamen iure valida eſt. ius ex ea quæſitum, non niſi quaſi vſusfructus appellatione poterit venire. Et vt maxime ſenatus de vſufructũ tantum legato loquutus fuerit, hoc tamen ad conuentiones viuentium potuit produci. Illud vtique conſtat, cum omnium bonorum vel patris vſumfructum inter viuos conſtituere liceat, in eo etiam ius vtendi rebus fungibilibus contineri.

THESIS III.

LIT. A.

Ait ſi vſusfructus vltima voluntate conſtitutus ſit, traditione vel patientia opus eſſe. Vbi initio, hæc duo, traditio & patientia, non recte vt diuerſa opponuntur: quia ipſa patientia in rebus incorporalibus traditionis loco eſt *l. 3 in pr. h. t.* Deinde videri poſſit, vſumfructum non per vindicationem, ſed tantum per damnationem relinqui potuiſſe *arg. l. 19. de uſufruct. legat. l. 1. § 2. ſi vſusfructus petatur d l. 3. in princ. h. t.* ſi quidem vſusfructus in facto conſiſtit *l. vn. in princip.*

quando

quando dies vſusfruct. &c. & quatenus ſervitus conſideratur, non eſt, niſi poſtquam per ſeparationem conſtitutus eſt *l. 26. de vſufruct. leg. & Iuſtin. in l penult. C. de vſufruct* ita loquitur, ac ſi tantum actio perſonalis pro vſufructu legato competeret. de quo infra th. 7. Sed tamen in contrarium facit, quod etiam poteſtate iuris ſeparari, & conſtitui poteſt vſusfructus, non minus ac ſervitus realis *per l. 19. § quemadmod ſervit. amit.* & quod *l. vn. infr. quando dies. vſufruct. &c.* de actione vſusfructus proponitur, ad actionē perſonalem referri non poteſt: facit *l. 10 & 29. de vſufr leg* Verum vtcunque ita ipſo iure vſumfructum conſtitui dicamus, nihilominus tamē falſum videtur, quod nulla traditione opus ſit, quia alia ratio iuris, alia ratio poſſeſſionis eſt: quo modo etiam dominium proprietatis in legatarium tranſire dicitur, vt tamē nihilominus ipſa ab herede ſit accipienda t r. quod legatorū: vt proinde non concludat Tr. ratio quod legatum ignoranti acquiratur. Cæterum ex ratione iuris veteris multum hic intererat an per fideicommiſſum, an per legatum & hic rurſus qua formula legandi vſusfructus eſſet relictus: quas differentias ſuſtulit Iuſtin. De eo autem, quod hic aſpergit Tr an ipſum dominium, an tantum actio perſonalis ignoranti legatario acquiratur, tractatur *infr p 2. diſp. 13.*

Illud certum eſt] Propoſitio hæc, quod pro vſufructu legato ante præſtitam cautionem nec perſonalis acquiſita ſit, manifeſto contradicit priori, qua vſusfructus ipſo iure conſtitui, ignoranti quoque adquiri affirmatur Et magis eſt vt illa falſa ſit: quia ratio præſtandæ cautionis non impedire poteſt actionis natiuitatem, ſed tantū per modum exceptionis efficere, vt executio & præſtatio ipſius vſusfructus differatur.

LIT. B.

Vſufructui vltima voluntate relicto, opponit co ſtitutum inter vivos: circa quem in re corporali opus eſſe ait traditione ſed in incorporali patientiam pro traditione eſſe. Atquin iam oſtendimus hac in re vſusfructus vltima voluntate conſtituri diverſam rationem non eſſe. Sed & aut agitur de ſubiecto vſusfructus. & illud ſēper corporale eſt, aut de ipſo vſufructu, & hic ſemper eſt incorporalis: neque vero hic rei ipſius, ſed iuris traditione opus eſt *l. 3. h t.* Vix enim eſt, vt Tr ita accipi poſſit, quaſi in genere hoc proponeret, & vſumfructum per patientiam transferendum aliis rebus corporalibus, in quibus traditio vera intervenit, opponeret.

LIT. C. & E.

Tractatur hic, quando dies vſusfructus legati cedat. Et aut legatus pure, & cedit ab adita hereditate, aut ex die, & cedit tum demum, vbi dies venit: vt ita cōtra quam alias obtinet tempus ceſſionis & adventus diei concurrat Ratio duplex dari poſſe videtur. I. quod vt in aliis legatis & obligationibus dies ſtatim cedat, ad eū finem & effectum præcipue introductum videtur, vt ius agendi poſſit tranſmitti in heredes: quia cedere diē ſignificat, incipere deberi: vſusfructus autem in heredem, cuius diverſa ratio & conditio eſt tranſmitti non poteſt. II. quia ad vſumfructum conſtituendum, facto & legatarii & heredis opus eſt: quod innuit. Tr. dum ait lit. C. vſumfructum non intelligi, niſi ſit qui vti frui patiatur. Quibus ipſis verbis videtur everti, quod ait lit. A. patientia opus non eſſe, niſi quis hic diſtinguendum exiſtimet inter patientiam facto per inductionem declaratam, & quodammodo iure præſumptā. Atque hinc explicandus eſt § 2 *in princ. l. vn quando dies vſusfruct* vbi cur ab adita hereditate dies demū cedat, hanc rationem reddit ICtus, quod tunc demum conſtituatur vſusfructus, vbi quis iā frui poteſt: quoniam, vt dictum eſt nondum adita hereditate, nulla patientia, nullaque adeo fruitio eſſe poteſt: quod non animadverterunt, qui particulam, *enim*, ex illo loco tanquam ſpuriam eiecerunt. Ex iiſdemque explicatio ſumitur § *vlt. eiuſdem l. vn.* quod ante diem vſusfructus nihil agitur, cum in aliis caſibus ante diem male agatur: ſi quidem illo caſu eum nondum ceſſerit dies, nec adeo nata ſit obligatio, nulliter agi neceſſum eſt. Hoc autem caſu poſt ceſſum diē nata obligatione, ipſo quoque iure natam quoque actionem eſſe, adeoque in iudiciū ſed cum periculo plus petitionis deduci poſſe conſequens eſt: quod recte notat *Gloſſ. ad d. §. vlt.* & probant rationes adductæ à Cyn *in l. vn. C. vt actiones ab heredibus, &c.* De qua quæſtione, an ante diem obligationi adiectam ipſo iure nata ſit actio? (non enim eſt huius loci) vide *Florian. in d. l vn § vlt. quando dies vſufr.* Bart *in l ita ſtipulatus 115 d V. O* & latiſſime Cyn. *in d. l. vn C vt act. ad hered &c* vbi tamen male contra Gloſſ. in negativam ſententiam concludit.

LIT. F.

Cum dixiſſet vſumfructum conſtitui in rebus immobilibus & mobilibus, ſubiicit in allegatis ſic feudum eſt vſusfructus in fundo conſtitutus. In quo I. nulla eſt connexio. II. feudi ſubiectum

latius

latius eſt quam fundus III. male videtur feudum vſusfructus definiri per ea quæ dicta ſunt ad th. præc lit. B.

LIT. G. & H.

Etiam incerta.] De hoc nihil apud Conan. cit. loc. ſed quod pars de dimidia intelligatur: vt ita Tr. partem incertam appellare videatur, vbi nulla quotæ adiecta deſignatione partis vſusfructus legatus eſt. Atqui cum hic ex iure dimidia intelligatur, incerta hæc pars recte dici non poteſt *argum leg 26 in fin. de acquiren. poſſeſſ.* ex qua colligitur incertæ partis proprie ſic dictæ non recte vſumfructum relinqui.

Non debet excedi dodrantis æſtimatio.] Duplex ſenſus eſſe poteſt, quod dodrantis tantum poſſit relinqui vſusfructus, & quod omnium omnino bonorum, ita vt pro conditione perſonæ cui relictus eſt, proprietatis nudæ æſtimatio, & ita Falcidiæ ratio ineatur. Illud locum habet in libertis *Nov. 18. c. 3.* hoc in extraneis hæredibus: idque eſt quod Bartol. *notat in l. 1. § ſi vſusfructus, n. 4. ad l. Falcid* ſi propterea valeat quartam, quod nihil ex vſufructu detrahatur

An tenetur ad ſoluendum æs alienum.] Res expedita eſt, quod in effectu vſufructui decedit: cæterum cum vſufructuarius non ſit hæres, nõ poterit à creditoribus conueniri, in eoque errare videtur Bart. *in l fin. de vſufruct. leg* exiſtimans eandem eſſe rationem, ſiue quota hæreditatis proprietarie an vſufructuarie legetur.

LIT. K.

Ait vſumfructum conſtitui poſſe etiam pro parte diviſa, & rationem ſubiicit in allegatis, ꝙ fructus ſit in fruendo vel percipiendo, id cum in facto conſiſtat recipere diviſionem: & inde porro concludit vſumfructum diuiduum, cæteras ſeruitutes indiuiduas eſſe. In quibus non ſemel peccare videtur. I. quia etſi vſusfructus pro parte diuiſa conſtitui poſſit, vera ratio eſt, quod ipſe v.c fundus recipit diuiſionem, quo ſenſu dicitur *in l. 25 quibus modis vſusfruct. amitt.* certæ partis videlicet pro diuiſa vſumfructum eſſe poſſe, ipſe autẽ vſusfructus in partes actu diuerſas diſtingui non poteſt: nulla adeo eſt ratio Tr. quod fructus ſit in percipiendo. Et ergo II. diverſæ quæſtiones commiſcentur, an conſtitui poſſit pro parte diuiſa, an ſit diuiduus. III. nec concludere videtur ratio pro diuiduitate vſusfructus, quod conſiſtat in facto: quia ſiue ſingula facta conſideremus, ea potius indiuidua ſunt, ſiue plura & diuerſa, nõ minus ita vſus, imo cæteræ quoque ſeruitutes fuerint diuiduæ. Male igitur ex præmiſſis, & ex eo præſertim, quod pro parte diuiſa conſtitui poſſit vſusfructus, ad eius differẽtiam à cæteris ſeruitutibus infertur: maxime cum etiã ſeruitutes reales in diuerſis partibus fundi conſtitui poſſint. Et igitur manet adhuc inexplicatũ, qua ratione vſusfructus diuiduus, vſus & reliquæ virtutes indiuiduæ dicantur. Duplex quæſtio eſſe poteſt, an ſit diuiduus vt conſtitutus, ratione fructuarij an vt cõſtituendus, reſpectu v.c plurium hæredum. Et hic dici poſſit, plures hæredes non in ſolidũ ſingulos obligari ſed pręſtatione partium fundi liberati. Verum hæc quæſtio hinc quidem aliena videtur, prior autem huius loci, *argum. leg. 19. de vſu & habitat.* vbi dicitur frui nos pro parte poſſe, pro parte vti nõ poſſe. Ex quo refutatur explicatio Goedd. *in leg 25. de V.S. num. 18.* ideo diviſũ eſſe vſumfructum, quod penes alium fructus, penes aliũ vſus eſſe poſſit: vel quia ICtus in ipſo fructu diuiduitatem illam collocat, vel quia ex verbo, vſusfructus, rationem decidendi ſumere, friuolũ eſt: & alias eodem modo actus diuiduus diceretur, quia licet contineat jus eundi ſeparatum, hoc tamen ab eo ſeiungi poteſt. *Donell 10. comment 24.* vſus, inquit, in nudo facto conſiſtit & nullos relinquit fructus qui diuidãtur, at bene vſusfructus qui dicitur diuiduus propter vtilitatem diuiduam, in qua verſatur. Quo pertinet quod ait *Conan 4. comment. nu. 11.* quod vſus ad victum eius cui datur conferendus ſit, qui diuidi nequeat, cum nemo pro parte viuere poſſit, *Hottoman illud quæſt. 20.* ait vſumfructũ ſubtilitate indiuiduum, vtilitate diuiduum eſſe, & propter facilem fructuum diviſionem. Illa perſpicue inepta eſt ſententia, quam proponit *Lyclama 3. membr. 10.* ideo vſumfructum diuiduum dici, quod ius fruendi etiã extraneo vendi poſſit. Putarim dici etiam poſſe, vſumfructum dici dividuum, quod cæteris ſervitutibus integris ſemper vtitur, ſed vſufructu etiã pro parte, imo nunquam ſimul vtitur toto. Et hæc fortaſſis eſt ſententia Dd his verbis propoſita à Bartol. *in l. 1. § ſi vſusfructus, ad leg. Falc* quod vſusfructus tãtam afferat vtilitatem in parte reſpectu partis quantã in toto reſpectu totius: quod latius exponit Caſtrenſ. *ibid.* & in ſpecie quod indiuiſibilia habeantur, quæ ad neceſſitatem pertineant, quã cũ reſpiciat vſus, neque pro parte nos ſuſtẽtare aut viuere poſſimus, ea cauſa vſum indiuiduum appellari: cũ præſertim etiam iſta ſeruitute reſpectu eiuſdem obiecti fructũ ſimul tota vti videamur: vſufructuarius autem quoad fru-

ctus domini inſtar eſt, iiſque non tantum ad neceſſitatē, ſed etiā voluptatem vtendi ius habet: quamuis tentari poſſit, vſum collatū cū vſufructu indiuiduum, ſed cum cæteris ſeruitutibus realibus quodammodo diuiduum cēſeri poſſe.

THESIS IV.

Hæc theſis ferè fugitiua eſt, tractans de iure accreſcendi, de quo pluribus agitur *infr. part. 2. diſp. 13. theſ 3.* quo iſtam materiam remittimus: quoniam eiuſmodi eſt, vt præſtet de ea tacere, quam pauca dicere.

THESIS V.

LIT. A.

Recte hic fideiuſſores requirit, quia hæc eſt natura ſatisdationis, præſertim prætoriæ, *per text alleg iunctal. 7. d prat. ſtip. iunct. l. 8. § 4. qui ſatiſ. cog.* de quo actū ſupr. *diſput. 5. th. 2.* Sed illa ratio qua hic vtitur, quod in iudicijs cauendū ſit per fideiuſſores, non videtur bona: tū quia hæc ſatisdatio etiā extra ius vel iudiciū præſtari poteſt, tum quia nō iudicialis, ſed prætoria cautio eſt, quæ duæ ſpecies inter ſe opponuntur *l d diuiſ ſtip l. 5. d V. O.* & lōge diuerſo ſenſu cautiones iudiciales, prætoriarū ſpecies conſtituuntur, *l. 4. in pr. d. prat. ſtip.* Plane ex accidenti hæc cautio iudicialis eſſe poterit: ſi petente actore vſumfructum, de cautione non præſtita excipiatur.

LIT. D.

Nihil moror, quæ hic de iuratoria cautione & ſequeſtratione, vel ſūma certa à domino proprietatis præſtanda proponuntur. Plane quod inter neceſſaria hæc cautio refertur *l. 8. § 4. qui ſatiſ. cog.* difficilius poterit omitti: attamen arbitrio iudicis committendum erit, quomodo iſta res expediatur. Poſterius remedium poſſit eſſe cum iniuria fructuarij, ob incertum fructuum prouentum Facilius in vſufructu admittemus iuratoriam cautionem, ſi inter viuos conſtitutus ſit, quod hic proprietario imputari poſſit: Nulla plane hic captio proprietarij erit, qui abutente fructuario, ſatisdationem petere, aut alia remedia poterit implorare

LIT. E.

At hic, quod cautio omnino ſit de ſubſtantia quaſi vſusfructus. Hoc quidem impropriè dictū accipiendum eſt, quod cautio ad ſubſtantiam & conſtitutionem vſusfructus non concurrat, ſed magis ſit loco proprietatis, quæ vſufructui opponitur. Idcoque eo modo, ſed impropriè de ſubſtātia dicetur, quatenus circa proprietatem nullus vſusfructus ſtatui poteſt. Plenius tamen ita diſtinguendum, vt ita de ſubſtantia eſſe videatur, quatenus conſideratur hic vſusfructus, vt initio SCto admiſſam, per quod aliter introduci non potuit, quam vt ſimul proprietario cauendum eſſe introduceretur: quia proprietas in fructuarium tranſit, *l. 7. de vſuſfr. ear. rer.* idque eſt quod dicitur *in l. 2. d vſuſfr. ear. rer. &c.* remedio cautionis introducto cœpiſſe quaſi vſumfructū haberi & *in §. 2. inſ. Dd. vſufr.* quod ſenatus illum quaſi vſumfructum per cautionem conſtituerit. Cæterum poſtquam. vſusfructus hic ita ineſſe deductum eſt, nihil impedit, quoniam cautione omiſſa vſusfructus dici ille & eſſe poſſit, *arg. l. 5. §. 1. de vſufr ear. rer &c.* quoniam poteſtate SCti & omiſſa & finito vſufructu ipſa quantitas condici poteſt *d l. 5 § 1. inſ.* Quæ ſententia & à Tr. & Pinelli opinione *in l. 1. part. 2. C. de bon. matern. n. 78.* aliquantum abire videtur.

THESIS. VI.

LIT. A.

Negat obſtare, quod donator) ita enim legēdum, non donatarius) omnium bonorum, reſeruato vſufructu cautionem præſtare teneatur. Hoc quidem per modum exceptionis, neque tantum donatore omnium bonorum, ſed etiam partis, imo etiam rei ſingularis proponendum erat: maxime, ſi ratio Treut. concludit, quod hi omnes ex liberalitate ſua conueniuntur.

LIT. B.

Quia diues] Si hæc bona ratio, nec privatus fructuarius locuples cauere debebit: niſi forte hæc diuerſitas, quod priuatus facile labi poteſt facultatibus Et tamen fortaſſis hoc privilegium fiſci eſt, vt onere ſatisdandi grauetur.

LIT. D.

Rationis eſſe ait, vt cautio fructuario ab hærede remitti poſſit, ſed nō poſſit à teſtatore: quę etiam ſententia eſt Accurſ. *in l. 1. h t & in l. 1. C. e. & Cyn. ibid.* Atquin contra quod hæredi permiſſum eſt circa bona defuncti, idem & magis teſtatori circa bona propria fuerit permittēdum, poſtquam ei a lege in futurum de bonis ſuis diſponere conceſſum eſt. Et diverſa ratio eſt Falcidiæ, quam olim prohibere non poterat teſtator, quia ex lege omnino quadrans hęredi relinquēdus erat: cæteroquin etiam cautio legatorum à teſtatore remitti non poſſet, contra *l 7. C. vt in poſſeſſionem legat* Et ratio quæ à Cyn. affertur, ne detur cauſa delinquendi, ead. militat in hærede. Et igitur dixerim poſſe remittere hærede, ita tamen vt remiſſio illa in ſe habeat tacitam cōditionem, ſi videlicet recte vtatur fructuarius, adeoque non præiudicare ſibi illa remiſſione,

quo

Digitized by Google

quo minus ad eam habeat regreſſum, quæ videtur eſſe ſententia *Donell. 10. com* 14. & licet aliæ forte actiones v.c. legis Aquiliæ, hæredi competere poſſint, vtilius tamen eſt ex ſtipulatione & ſatisdatione agere cũ præſertim illa verba vſutũ ſe boni viri arbitratu, multa comprehendant. Illa pars de reſtituendo fortasſis & à teſtatore & ab hærede remitti poſſit, quod hic eeſſent ſuperiores rationes: eamque ſententiam poſt alios proponit *Lyclam 7 membr* 29.

LIT. F.

Ait quod fructuarius delinquens in cautionẽ, non protinus amittat ius ſuum. Hoc & ipſe probo, ſed illud improbo, quod circa allegata, mala ſequutus eſt fidem VVeſemb *in paratit. ff quib. mod. vſusfr. amitt* non tã quod autores citati pro diſſent. de vaſallo & emphyteuta agunt, quia ab his ad fructuarium hac in re bona videtur illatio, quam potius, quia apud Bald. quidem nihil tale eſt, Iaſ autem iuxta vulgatam diſtinctionem *in l. diuortio* 8. ſed iuxta Florentinam *in l. 5. §. ſi fundum* 12 *ſol. matr.* communem quidem opinionem illam fatetur, quod iure ſuo cadant, ſed ipſe opinionem contrariam Imolæ ita probat, vt eam ſicut Evangelium veram eſſe dicat, hac præcipue ratione, quod pœna caducitatis extra caſus a lege expreſſos non inducatur: & ibid. rationem differentiæ reddit inter vaſallum & colonum, qui nudum & perſonale & tantum temporale ius habet. Limitatio autem, quam ex VVeſemb. proponit Tr. in caſu grauioris deteriorationis, ab eod. Iaſ. *in d § 12 in fin* ſententiæ communi Dd. quæ caducitatis pœnam admittit, applicatur. Sed nimirum eod redit vtraque hæc propoſitio. Fructuarius amittit ius ſuum ſi grauior ſit deterioratio; non amittit ius ſuum, niſi grauior ſit deterioratio.

THESIS VII.

LIT. A.

Proponit in th. tantum actionem perſonalẽ ex ſtipulatu vel ex teſtamento. In quo ſibi contradicit *th. 3. lit. A.* vbi traditione opus eſſe negauit in caſu vſusfructus vltima voluntate conſtituti Et ſane, ſi tantũ actioni perſonali hoc caſu locum facit, errare videtur: quia imo actioni confeſſoriæ in rem ſtatim locus eſſe videtur, *ex leg. vn §. 4. quan dies vſufr eod* vbi ab adita hæreditate dicitur cõpetere actio de vſufructu, quomodo nõ appellatur actio perſonalis. Facit quo vſusfructus iure legati acquiſitus dicitur *l. 29 de vſufr. legat.* & legatus vindicari poſſe *l. 10 eod tit. & in l. 25. §. vlt. h. t.* Vſusfructus iure legati cõſtitutus, cũ traditio conſecuta: & ſi via legata ipſo iure acquiritur *l. 19 § 1. quemadm. ſer amit.* etiam poterit vſusfructus, neque hic à regula, quæ pro omnibus legatis vindicatio datur *l. 1. C. com. d. leg.* excipi poterit, etiã ſupra oſtendimus, falsũ eſſe, quod vſusfructus tantũ per damnationẽ potuerit legari. His cõſequens eſt, parũ cautum fuiſſe Tribonianum, qui *in l pen. C h t.* (qua deceptus fuit Tr.) ita loquitur, ac ſi pro vſufr legato actio tantum perſonalis competeret, & olim etiã tãtum competierit: aut potius ille incuria quadã actionẽ perſonalẽ cum confeſſoria cõfudit: vel eo argumento, quod dubitatio, *d l pen* de amittenda actione per non vſum, tantum illi caſui, quo vſufructu conſtituto actioni cõfeſſoriæ locus eſt, conuenit, nondum autem acquiſitus, & qui tantum actione perſonali, vt conſtituatur, peti poteſt, per nõ vſum nequit amitti: & cõſtituto iã vſufructu de actione perſonali amittenda fruſtra quæritur: (cui tamen rationi conatur reſpondere *Gl. in pen C h t de quo v. ibid. Caſtr. & Cyn.*) Sed & quod de excluſione actionis per lõgi temporis præſcriptionem traditur, actionũ realium eſt proprium. Et re uera abſurdum eſt, quod etiã Salic. movet *in d. l. penult:* vt actio perſonalis v.c ex ſtipulatu, decem aut viginti annis tollatur: adeoq; vt maxime in caſu vſusfructus vltima voluntate conſtituti, hoc defendi poſſit, quia cum hic ipſo iure acquiratur, ead. ratio actionis ex teſtamento & confeſſoriæ eſſe videtur: attamen vix vllo prætextu eo caſu quo vſusfructus ex conuentione debetur, defendi poteſt: quoniam hic ante traditionem nullus vſusfructus, & nulla confeſſoria actio eſt, & hinc factum, vt interpretes priſci in tam varias diſceſſerint opiniones, vt videre eſt ex Dd. & præcipue Cyn. *in d l. corruptionem C h t.*

Sed quid an qui moram.] Ait eum qui moram facit in tradendo vſumfructum, ex eo tempore fructus præſtare, idque non tantum procedere in vſufructu per ſtipulationem, ſed etiam vltima voluntate conſtituto Quæ præpoſtera locutio eſt. ſiquidem facilius in actione ex teſtamento fructus veniunt, quam ex ſtipulatu, imo regulare eſt vt in illa quæ eatenus bonæ fidei actionibus comparatur *l. 34 d. vſur.* poſt moram fructus & vſuræ præſtentur, hac autem demum fructus poſt litem conteſtatam *l. 38. § 7 d. vſur.* Ea autem regula quo minus huc referri poſſit, illud facit, quod v.c. in promiſſione vſusfructus, non corpus aliquod, ſed magis ipſi fructus venire videntur, qui adeo non acceſſorij, ſed

 prin-

principalis habeat rationẽ, facit *l. quæſitũ 37. h. t.*

LIT. C.

Cur pro incorporalibus.] Ratio huius rei explicatius ita proponẽda videtur: quod tria ſunt: de quibus circa res litigari ſolet, dominium, poſſeſſio & iura ſeruitutum. Ex his poſteriora duo exercendo actus poſſeſſoris quoſdam, de facto in re aliqua mihi aſſerere poſſum, dominium de facto non poſſum: quoniam hoc in mero iure cõſiſtit, & vt maxime quis ſe dominum aſſerat, nihil poſſidenti præiudicat, & nihil agit, niſi conſtituto iudicio experiatur. Ideoque nulla etiam actio prodita eſt, qua alium dominum eſſe negem: ſed prodita ſunt remedia, quibus negem alium eſſe poſſeſſorem, id eſt, mihi ſoli poſſeſſionem aſſeram, quod fit interdicto vti poſſidetis itemque quibus alij ſeruitutem in medio deberi negem, id eſt prædium liberum eſſe, neque ſolum ius eo vtendi habere aſſeram, quod fit per actionem negatoriam. Ex quibus apparet, quod Treut. non recte à qualitate rerum, an ſint corporales vel incorporales, hanc differentiam deſumat.

Vtilis ſeruitutum vindicatio.] Quæritur an fructuario vindicatio ſeruitutũ fundo debitarum competat. Qua in re pugnãtes ſunt textus *in l. 1. §. 4. d. remiſſion. & in l. 1. in princ. & l. 5. §. 1. ſi vſusfr. petat.* quos Accurſ. & Dd. per diſtinctionẽ actionis directæ & vtilis, itemq; principaliter & per conſequentiam conceſſæ vindicationis, conciliare nituntur. Verum diſſenſio hæc apertior eſt, quam vt diſſimulari poſſit, & ſequor ſententiam *Cuiacij. 1. obſeruat. 16. Hottom. 2. amicab. reſponſ. 16.* Iuliano cum cæteris ICtis non conueniſſe, & in hac quæſtione, & in illa, an fructuario ius ſit nuntiandi nouum opus, *arg. d. l. 1. §. 4. d. remiſſion. iuncta l. 1. §. vltim. d. novi oper. nuntiat.* Cæterum Tr. ſequitur Vult. qui eandem quidẽ, qua Dd. vtuntur, diſtinctionem, ſed plenius & tanquam nouum ſuum, inuentum proponit, in hanc ſententiã vt dicat, Iulianum nõ exiſtimaſſe quaſi recta fructuarius vindicare poſſit ſeruitutes, ſed quod eo ipſo dũ vſumfructũ vindicat, ſimul ſeruitutes reales vindicare, & nouum opus nuntiare intelligatur: & quod alias cum ſeruitus ſeruitutis eſſe non poſſit, ſententia Iuliani in principia iuris impingere: & licet Vlpia. *in l. 1. ſi vſufr. pet. & in l. 1. d. remiſſ.* vna cum aliis eam ſententiam Iuliano imputare videatur, illos tamen ICtos Juliani mentem non ſatis fuiſſe aſſequutos. Verum hæc & alia quæ traduntur à Vult. 1. *diſcept. 18.* minime pulchra, vt Tr. arbitratur, ſed oppido quam in ſubtilia mihi eſſe videntur. Nã 1. ingens illa verborum abuſio, & diverſarũ rerum confuſio ICtis incognita & per ſe abſurda eſt: cum nemo ita loquatur, vt ſub vindicatione ſeruitutum, & multo minus ſub nuntiatione noui operis, vindicationem vſusfructus intelligat: quin ipſe Iulian. *in l. 4. de nou. oper nunt* diſſerte nuntiationem noui operis à vindicatione ſeruitutum, & *in l. vn. §. 4. in fin. de remiſſ.* (alias inepta eſſet diſtinctio inter dominum & alium vicinum) à vindicatione vſusfructus ſeparat & ſecernit. 2. per abſurdum eſt exiſtimare, quod Vlpia. & alij eius æui ICti de Iuliani ſententia minus recte iudicium facere potuerint, quã nos hodie, quibus non niſi rudera, & quaſi tabulæ ex naufragio relictæ ſunt: niſi quis illos inſignis aut ſocordiæ aut calumniæ reos agere velit, 3. ſententia illa Iuliani minime in principia iuris impingit: quia ille non cõceſſit vindicationem ſeruitutum, tãquam vſufructui, vt male hoc accepit Vult. ſed tanquam fundo debitorũ, in quo omne ius fructuarius habet: ſicut creditori pignoratitio vindicatio ſeruitutum datur *l. 9. d. nou. op. nunt.* non quatenus pignori ſed qua ipſi fundo debentur, propter ius quod in eo creditori eſt conſtitutum. Quod in extremo huius th. appingit Tr. de vſufructu vxoris in dotalitio conſtituto, & tutore conſtituendo, tanquam hinc alieniſſimum inſuper habemus.

THESIS VIII.

LIT. B.

Agitur hic de conciliatione textuum, in quæſtione, an fructus poſſit eſſe ſine vſu: vbi refert & ſequitur vult, quod textus qui fundum ſine vſu eſſe affirmant, de eo vſu accipiendi ſint, qui fructui opponitur, non qui ſub illo continetur. Atqui hæc petitio quædam principii eſt: ſed illud ſentire videtur, quod vſus conſideratus quà ſervitus à fructu ſeparatus ſit, cæteroquin ſub illo contineatur: quæ etiam ſententia eſt Cuiac. *13. obſerv. 20. & Ant. Fabr. 1. coniectur 20 in fin.* Verũ ita ICti in verbis quodammodo luſiſſent. Sed obſtat, quod *l. 14. §. 1. de vſu. & hab.* dicitur legato fructu, fruſtra & inutiliter adimi vſum. Simpliciter dicendum videtur fructum natura ſua omnem continere vtilitatem, ſed ex accidẽti fieri poſſe, vt aliquando ſeparatio fiat, vbi nimirum teſtator expreſſe vni fructum, alteri vsũ aſſignauit, nõ quod hic fructuarius non vtatur, quia ipſũ frui vti eſt, ſed ita dicitur ratione obiecti, & quod fructuarius hoc caſu non habeat pleniſſimum vſum, ſed illi tantũ decedat, quantum

Digitized by Google

tum ex ratione inris vſuario debeıut. Et ita explicāda videtur *d.l.14.§.1 d vſ & habit.* vt ICtus ibi non grammaıice in verbis luſerit, ſed dum ait, ſructum ſine vſu eſſe non poſſe, ad naturam regularem vſusfructus reſpexerit, cui tamen ſeparatione expreſſa teſtatoris derogari poſſit, ꝙ oſtendit *§. vltim. d l.14.* & *d. § 1. in fin* vbi dicitur fructu legato fruſtra adimi vſum, ſicut *in l. d. adim. legat.* actu legato fruſtra adimi iter: quod ſcil hæc niſi expreſſe à teſtatore alteri ſint aſsignata, natura fructus & actus contineantur illud plane conſtat, etiamſi alteri vſus conſtitutus ſit effectu tamen & re ipſa penes fructuarium, qui pluſquam vſurarius habet, vſum reperiri, quo etiam diſput. ſeq. th 4.

LIT. C.

Vnde in montibus venari.] Ex eo quod dixerat, ad fructuarium omnes fructus pertinere, infert ad ius venādi Parum recte, quia venatio in fructu nō eſt. *l. 25. de vſur: cui non obſtat l. 62. h. t.* quia aliud eſt venationem in fructu eſſe, aliud fructuarium venari poſſe: quia venatio iure noſtro omnibus libera fructus autē ſunt, qui ex re naſcuntur, & iure ſoli, vel pro cultura & cura domino vel bonæ fidei poſſeſſori acquiruntur: eoque re per dominū à bonæ fidei poſſeſſore euicta, ſub reſtitutione fructuum, quod per venationem quæſitum fuit, proculdubio non continebitur. Poteſt etiā dici *ad d. l 62. h t.* ea de cauſa ius venandi fructuario tribui, vt intelligamus eum hoc facere poſſe iure ſuo, cum alias in alieno venaturus à domino poſſit prohiberi.

Lucra etiam fortuita.] Nimis generaliter imo male affirmat, quod lucra fortuita inter fructus ſint referenda: repugnat enim ratio, qua fortuita, ab iis quæ ex terra naſcuntur diſtinguuntur: & theſaurus qui maxime fortuitus eſt certo iure ad fructuarium non pertinet, Et adeo ſententia Tr non poterit eſſe niſi particularis, imo nō poterit eſſe vera niſi in iis quæ ſimul & magis etiam naturam fructuum ſapiunt, veluti ſi ſingulari felicitate anni vbertas magna fuerit, quod tamen nonniſi impropie inter fortuita referri poſſit.

LIT. D.

Fructus maturi ſed & adhuc pendentes finito vſufructu proprietarium ſequuntur. Equidem Cuiac & aliorum opinio, qui vel pro rata anni fructus diuidendos, vel ſaltem impenſam culturæ præſtandam exiſtimant, æquitatem videtur ſapere, ſed iure deſtituitur. Et ſicut legato, vſufructu, maturi fructus, tempore mortis teſtatoris, fructuarii ſunt, ita vt finito vſufructu fructus maturi pendentes ſint proprietarii, proportionatæ æqualitatis ratio ſuadet. Sed illud elegantis, & huic loco conuenientis (quoniam huius quoque generis fructuum *lit. C.* meminit Tr.) conſiderationis eſt, an idem obtineat in fructibus ciuilibus, videlicet annuis penſionibus, ita vt ante terminum, quo ſolutio fieri debet, mortuo fructuario, nihil omnino ex iis ad eius heredes pertineat. Pone, teſtatorem literas cēſuales vſufructuarie, aliqui, ita vt inde quamdiu vivit, annuos reditus percipiat, legaſſe. Pone ipsū legatarium, pecuniam cuius ipſi quaſi vſusf. relictus fuit, pro penſionibus annuis elocaſſe. Pone coniugem cui omnium bonorum vſusf. vel ex teſtamento vel ex iure debetur ante diē quo penſiones ſoluuntur, deceſsiſſe. His omnibus caſibus quæritur an penſiones integras ſibi proprietarius, an tantum pro rata temporis vendicare poſſit. Et memini cum, hæc quæſtio de facto incidiſſet, virum eruditiſsimum & ICtum politiſsimum, quod hac in re alia naturalium, alia civilium fructuum ratio ſit, hoc fere modo & his fundamentis confirmaſſe. Fructus qui ex terra naſcuntur, ſicut annatim proueniunt, & totius anni curriculum ad maturitatem ſuā requirunt: fructus, inquit Varro non ager ſed annus producit ita ſinguli nonniſi ſemel in anno, ſuo quique & diuerſo tempore, nec diuiſi & per partes anni, ſed ſinguli ſemel in ſolidum à fructuario percipi poſſunt: cuius manus ſi effugerint, pars fundi manent, & agri totius dominum & ipſi libenter agnoſcant. Longe alia ratio eſt pecunię, rei per ſe ſterilis & in ea cōſtituti vſusfructus qui quidem non ex corpore rei, ſed per vſum & negotiationem prouenire debet, velut vſura *l. 36. d. d. vſur. l. 121. d. V. S.* Eæ non toto vertente anno naſcuntur, ſed imo cum Lunæ vicibus paribus & Calendas eæ recurrere ſolent: cū & ἡμερoδανείσας nonnūquā legam⁹, & Hebræis ſolemne eſt, in hebdomadas fœnebres obulos paciſci. Quapropter finito vſufructu ſatis eſt ſortem & ſummam principalem ex forma SCti proprietarium redire, vt vſuræ ceſſæ res maxime diuidua pro rata temporis ad hæredem fructuarii pertineant: quoniam vt dictum hæc nō per annos, ſed ſemeſtria, ſed menſes, imo dies, atque, adeo momenta computantur, & hoc à tempore præſtitæ cautionis ad diem finiti vſusfructus. Eademque omnino conditione eſt omne genus penſionum & redituum in vnum pluresve annos, ex ædibus, fundis, cenſibus & quibuſvis bonis: quæ vt à tempore conſtitui vſusfructus vſufructuario acquirantur *arg. l. 59. §. 1. h. t.* ita momento finiri vſusfructus interſcinduntur,

duntur, adeoq; mortuo fructuario ante exitum anni inter eius heredem, licet nondum exactæ pro rata temporis diuiduntur. Probantur hæc ex lege generali 32. §. *heredis 7. d. vſufru. legat. l. 9. 1. D. locati l. 26. & 38. h. t l. 18. §. vlt. de ſtipul ſeru.* quibus locis præcipue de penſione rei locatæ tractatur, vſuræ autem quaſi merces ſunt pro vſu pecuniæ: & cum hic initio anni diem cedere dicat *Pap in d. L. 18* eam menſibus ſequentib. magis magisque adoleſcere, & pro rata temporis ius vſufructuario quæſitum, hoc in heredem tranſmiſſum, & ita ad diuiſionem veniendum eſſe conſequitur: non ſecus ac matrimonio ſoluto inter maritum eiuſue heredes & vxorē pro rata temporis quo matrimonium durauit, diuiſio facienda eſt *l. 7. §. Papin. & § non ſolum ſol matrim. l. 1. §. ſed & nouiſſimi C. d. rei vxor. act.* Facit, quod cum ex pecunia varie impēſa ſingulis momentis vtendo lucrum quis facere poſsit, & quibus pecunia elocata eſt, ead continenter vti, ex eaque lucrum facere intelligantur, ipſe fructuarius per eos quodammodo vti, & fructus percipere videtur: vt adeo horum licet re ipſa nondū & actorum merito pro rata temporis ratio ſit habenda. Vide pro hac ſententia Hottom. 2. *feud. 28 §. 4. Caccialup. d penſion. cap 26. Ioha. de Caſtillo tract. de vſufruct. c 78 Geil. 2 obſeruat. 1 o num 3 in fin. Molin. ad conſuetudines Pariſienſ. §. 1 Gloſſ. 1. nu. 52.* vbi plures allegat.

Perceptio vel per ſe vel per alium.] Intelligendum hoc eſt, ſi iuſſu vel nomine fructuarij fructus percepti ſint: quoniam alias fructus ab alio ſolo ſeparato fructuarios ſuos non facit *l 25 §. 1. de vſur l 13. quib. mod vſuſfr amit.* de quo actum diſp. præc. th. 11.

THESIS IX.

In quæſtione ad quem fructus vltimi anni, quo feudum morte vaſalli domino apertum eſt, pertineant, ſequitur diſtinctionem iure feudali traditam; cuius poſterior pars vaſallo poſt Auguſtum decedēte omnes fruct⁹ domino tribuit. Atqui hæc ſententia in fructibus vineatū, quæ toto anno fere colendæ, & poſt Auguſtum matureſcunt perſpicue iniqua eſt, & tamen vindemiæ ſiue vineæ In Italia, ex qua iuris feudalis autores, multæ ſunt & frequentes. Sed etiam ſi diſtinctio iſta ad loca in quibus vua non naſcitur, reſtringatur, ipſa tamen per ſe inſubtilis, & ab æquitate, iure & ratione abire videtur: Et ideo fortaſsis dicendum, ſententiam illam iure feudali referri magis quam probari, cum præſertim ſubiiciatur alia ſententia, quæ fructus pendentes domino tribuit: quæ licet nimis domino fauere videatur, ratione tamen iuris, quod fructus pendentes pars fundi ſunt. & exemplo fructuarij, quo mortuo pendentes fructus proprietarij ſunt, iuuatur. Attamen diſtinctio illa à tempore ſumpta alio quoque loco in iure feud. proponitur. Porro quę prolixe de differentijs iuris & Saxon. circa hanc rem a Tr. proponuntur, nihil moramur. Vide præter allegatos Daniel. Moller. *& ad conſtit. 32.* Auguſt. *p. 3.* Zobel. *p. 3. differ. 27.*

THESIS X.

LIT. A. & B.

Ait Tr. quod fructuarius ius ſibi conſtitutum in alium transferri poſsit. Quod ambigue dictū, niſi ſane accipiatur, falſum erit. Etenim ſi totum omnino ius transfertur: vix euitabimus, quin nouus hic vſufructuarius cum præiudicio proprietarij conſtituatur: & principium petit Pinellus, omne quidem ius tranſire, vt tamen nihilominus ex perſona transferētis de vſufructu finiendo, &c. ſtatuatur quod cum intelligerent Dd. iura quæ de vſufructus in alium tranſlatione loquuntur, de nuda commoditate vtendi fruendi interpretati ſunt: in eo latius, quam oportebat, progreſsi, quod, vt referuntur à Pinello alij vendentem vſumfructum ius ſuum amittere, alij benigne pro commoditate verbum, vſusfructus, ad euitandam caducitatem accipiēdum exiſtimant: cum tamen ll ipſius vſusfructus paſsim faciant mentionem, imo ipſius iuris vtendi fruendi *l. 8. §. vlt. de peric. & com. rei vind.* in qua duplex tractatur caſus, cum vſufructus iam conſtitutus à fructuario venditur, & cum à proprietario pleno per venditionem conſtituitur & à proprietate ſeparatur. Res hæc diſtinctione expedienda videtur: quod in vſufructu & vſufructuario duplex ius conſiderari poſsit, alterum mere perſonale, quod ex ipſa conſtitutione perpetuo inhæret perſonæ, ita vt licet per multas manus ambulauerit vſusfructus, tamen vbi v. c. de amittēdo & finiendo vſufructū quæritur, perſonæ eius, cui primo conſtitutus eſt ſpectetur, *d. l 8 §. vlt. de peric. & commod.* alterum reale quod in vtendo fruendo, & ita quaſi extra perſonā conſiſtit, ad alium transferri ſub appellatione vſusfructus poteſt. Quod illuſtratur duob. exemplis. 1. heres duplex ius habet alterū mere perſonale ex inſtitutione & aditiōe, quod etiam reſtituta vel vendita hereditate penes ipſum manet, & præcipue ſpectatur in actionib⁹ directis actiuis & paſsiuis: alterum reale v. c. vēditione

ditione alium transfert *l.2. in pr. & tit. de her. ven* II. creditor actionem quam habet, vendere & mandare alteri poteſt, ita tamen vt nihilominus ius agendi, quod ex conuentione deſcendit & vt Dd. loquuntur: oſſib. ipſis adheret, in perſona eius remaneat *l.3 C d. nouat.* Neque obſtat, quod vſusfructus ſit ſeruitus perſonalis, vel quia propterea non excluditur aliquod ius reale: vel potius quia ita dicitur oppoſitiue ad alias ſeruitutes, quæ non perſonæ vel fundo deberi dicuntur: Negotium autem hic faceſſit *l. ſi vſusfr. 56 de iu. dot.* vbi per ceſsionem vſusfructus nihil agi, nihilque ad eum cui ceditur, tranſire, ſed vſumfructum ad proprietarium reuerſurum dicitur, & Pinel quidem *in l. 1 p. 3 C. de bon. mater n. 3* hoc ita accipit, non quod ſtatim, ſed mortuo vſufructuario vel alijs modis ad proprietarium reuerſurus ſit vſusfructus. Quæ reſponſio licet etiam Weſemb. *in par. quib. mod. vſusfr. am. n. 5.* (licet *in Inſt. ad § pen. h. t.* videatur contrarius) placuerit omnino inepta nec minus à verbis quam à mente ICti aliena videtur, I. quia non quid aliquando, ſed quid in caſu propoſito iuris eſſet, reſpondere voluit ICtus. II. quoniam ibid. dicitur cedi vſumfructum non poſſe niſi domino proprietatis, cum tamen alijs locis vſumfructum in aliū transferri poſſe dicatur. III quia ait ICtus nihil tranſire: neque inferri poteſt explicatio abſurda Pinell. quod non tranſeat ius ita vt nouus cōſtituatur fructuarius, ſed ex perſona cedentis vſusfr. finiatur: IV. quia ICtus ibi agens de ratione, qua vſusfru. dotis cauſa conſtitutus vxori reddatur, docet hoc fieri non poſſe per ceſsionem, quæ etiam cum damno mulieris ſit futura, recurſuro quippe vſufructu ad dominū proprietatis: quæ ratio admiſſa Pinelli explicatione, omnino inepta eſſet futura. Acc. *in d. l. 66. de iur. dot. & in l. 12. § 2. h. t.* diſtinguit inter conceſsionē & ceſsionem: quæ diſtinctio licet nec ab ipſo Acc. *nec à Pinel cit. loc. n. 40.* vbi eam facilem appellat intellecta, veriſsima eſt, nec alia huius rei explicandæ ratio, quam vt IC. *in d. l. 66.* de ceſsione in ſpecie intelligatur, quæ ſc. in iure fieri ſolebat, & vt colligitur *ex t. 19. Vlp.* modus erat transferendi dominij, qua id agebatur, vt omne omnino ius in ceſsionarium, à cedente plane & omnimode abdicatum, tranſiret. In quo conſiſtit differentia ceſsionis, iſtius à venditione donatione, &c. quib. modis tantum ius reale vtendi fruendi tranſlatū intelligitur, & ſimul ratio, cur nulli niſi domino vſusfr. cedi poſsit: quoniā alias cum huius iniuria nou' fructuarius ſubſtitueretur, nullo quippe iure ſuperſtite in perſona cedendis quod efficere poſsit, vt ex eius perſona vſusfr. finiatur. Et hoc antiquitatis veſtigiū non tantum in Dig. ſed etiam in Inſt. quas fere ex veterum ICtorum ſcriptis & tantum non verbis cōfecit nobis reliquit Iuſt. videlicet *in § finitur 3. Inſt. h. t.* vbi itidem traditur, nō niſi domino proprietaris vſumfr: cedi poſſe prorſus *vt in d. l. 66. iur. dot.* vt mirandū ſit reperiri, qui duo hæc loca inter ſe opponant: cum tamen perſpicuum ſit, *& ab Acc. & Sal. in d. l. 66.* animaduerſum, quod *in d. §. 3* nihil agi dicitur, reſpici intentionem agēris & perſonam ceſsionarij: accidit autem ex ratione iuris, & præter intenſionem agentium, vt vſusfr. ad proprietatem recurrat. Fruſtra autē hic affertur *l. 63. h. t.* vbi vſusf. dicitur cedi poſſe: vel qui verbum cedere & in ſpecie ſumi poteſt, vel potius, quod ibi non de vſufructu formali conſtituto, ſed à proprietario pleno per ſeparationē eius à proprietate de nouo cōſtituēdo tractatur.

Et vſufructu] Vſusfructus vendito iuri retrahendi Tr. negat eſſe locum. Quæſtio hæc triplex eſt, I. cum in ipſum corpus quod alicuius eſt vēditur vſusfructus, vt loquitur ICtus *in l. 8. §. vlt. de per. & com.* id eſt, cum plenus dominus ius vtēdi fruendi per venditionem alteri concedit: quo caſu non videtur eſſe locus retractui, quod hic vel aliqua non tam vendi, quam de nouo per vēditionem conſtitui videatur. Quod tamen ſubtilius magis quam verum videtur, nec quicquā prohibere, quin cognatus penes ſe potius vſumfructum illum eſſe debere contendere poſsit, cum præſertim vſusfructus patris loco ſit. II. cum vſusfructus iam conſtituta formalis venditur: qui caſus iterum duplex eſt, quoniam vēditur aut domino proprietatis, aut extraneo. Priori caſu Tiraq. omnino retractui locum negat, quod vſusfructus hic eſſe deſinat, & conſolidetur cum proprietate. Verum hoc quoq. nimiam argutiam ſapit, & defendi poſsit, propter ius cognati perinde habendum, atq; ſi hic præuertiſſet. & nulla conſolidatio facta fuiſſet. De poſteriori caſu agit Tr. & cum Tiraq. hic quoq; retractum negat, quod ceſſet ratio illius iuris. Verum cur ceſſet nec apud Tr. nec apud Tiraq. apparet: imo, cū vſusfructus principaliter morte extinguatur, & multis annis durare poſsit, nihil eſt quod hic impediat ius retractus: vt tamē circa finitionem vſusfr. non perſona retrahētis, ſed primi fructuarij ſpectetur.

LIT. C.

Seruitutem imponere nequit.] De hoc quidem conſtat

Digitized by Google

conſtat, ſed illud dubium, annon pati poſſit, vt interim dum ius ipſius durat, alius ſeruitute vti poſſit. Quod Cepol. citatus negat arg. mariti, qui nequit imponere ſeruitutem fundo dotali *L. Iulianus de fend data* Quæ ratio nihil concludit, quod ibi de vera ſeruitute tractetur, quam maritus, vtpote fundi dominus, imponere poſſe videbatur, Et ſane ſi eiuſmodi ius ſit, ex quo nullum detrimentum prædio inferatur, fortaſſis ſententia affirmatiua contra Tr defendi poſſit: de qua ſententia v. citatos *à Tr. diſp ſeq. th. 6. lit. A in fin.*

LIT. D.

Affirmat Tr. quod dominus proprietatis ſeruitutem fundo imponere poſſit. Quod videtur cõtra expreſſum textum *l 15. §. vlt. h. t.* vix enim ferri poteſt, quod Pinell cit. loc repetita negatione in extremo *d l 15.* legi vult, *non poteſt*, vix etiam quod Canon. contrario plane modo locũ ita accipit, quaſi ICtus non *con*ſentiente fructuario à proprietario ſeruitutem imponi poſſe exiſtimaſſet Etenim hæc & contra locutio fuerit, & longe commodius per verbum *diſſentiente*, aut *contradicente*, ſententiam illam expoſuiſſet: & exceptio quoque quæ proponitur, *in l. ſeq.* deſiderat, *vt d §. vlt.* negatiuam habeat ſententiã. Sed ſtante electione & explicatione, difficile eſt rationem eius ſententiæ reddere: etenim eã quæ ibid à Bald. affertur, quod ita ſit futura ſeruitus ſeruitutis, merito improbat. Pinel. quoniã non de ſeruitute vſufructui, ſed fundo imponẽdo tractatur. Dici fortaſſis poſſit, ideo nec conſentiente fructuario ſeruitutem à domino imponi poſſe, quod proprietarius non poſſit ſolus propter ius fructuarij & conſenſus fructuarij, nihil operari poſſit ad imponẽdum reale & perpetuum adeoque lex ſequens, *niſi qua deterior fructuarij conditio fiat*, ita accipienda erit, vt illo caſu ne quidem conſenſu fructuarij opus ſit: nã & hoc ex eod. fonte eſt. quod iuxta *d. l. 15. §. vlt.* nec acquirere ſeruitutem fructuarius poteſt.

THESIS XI.

LIT. A.

Negat fructuarium debere decerpere fructus immaturos, ſubiecta tamen limitatione, niſi ex immaturis fructibus plus emolumenti cõſequi poſſit. Atqui neque à Sali allegato hoc traditur, & ius fructuarij non ex vtilitate quam ſibi parare poteſt, ſed eo, quod ipſi vſusfructus tribui, æſtimandum eſt: vnde *in l. 14 h. t.* an & quatenus ius arboribus in ſylua naſcentibus vtendo fructuarius habeat, tractatur: eoque præſuppoſito eiuſmodi genere fructuũ, qui roti fructuarij ſunt, velut poma aut pira illos etiam immaturos decerpẽdi ius fructuarium habere defendam per *l. 48. §. 1. h. t* Neque quicquam hic intereſſe poteſt proprietarij. niſi eo anno quo vſusfructus finitur, quoniam pendentes fructus proprietarij ſunt.

LIT. B.

Quod hac lit proponitur, nec vllo modo cum præced cohæret, & quæſtio illa de laudemio, in caſu ſingulari, quo eiuſdem rei eſt dominus directus, emphyteuta & fructuarius, integram fere theſ. non merebatur, cum alias vtilia magis, leuiter attingat aut omittat Quin etiam abſurdum nec dictu videtur facile, qui fieri poſſit, vt directus dominus qui vtique emphyteutæ ius vtendi fruendi habenti, præiudicare nequit, alteri proprietatem, alteri vſumfructum relinquat, niſi nouam & ineptam vſusfructus in nudo percipiendi laudemij iure conſiſtentis ſpeciem fingant, & vt Clarus loquitur, vſumfructũ proprietatis: ꝙ & dictu & auditu abſurdum eſt.

THESIS XII.

LIT. A.

Ait fructuarium poſſidere improprie, ſiue potius quaſi nempe ius in re. Quæ explicatio vitioſa eſt: quoniam poſſidere rem, & poſſidere in ius in re omnino ſunt diuerſa: neq; de hoc, an quaſi poſſideat ius, ſed an rem ipſam poſſideat, dubitari poteſt. de qua rei ipſius poſſeſſione loquitur ICtus, *in L. 12. in pr, de acquir. poſſ. de quo inf. p. 2. diſput. 21.*

Quod interdictum.] Ait niſi interdictũ vnde vi accommodetur fructuario, eum omnino impeditum iri in iure vtendi. Quod verum non videtur, quod alias inferri poſſet, etiam dominũ deiectum, niſi interdictum ipſi detur, priuatum iure ſuo iri. Verum ſicut huic nihilominus vindicatio competit, ita fructuario per vindicationẽ vſusfructus ſuccurri poteſt. Ideoque quod dicitur *in l. 1. §. 13. de vi ar.* fructuario neceſſarium eſſe interdictum, non ita accipiendum eſt, quaſi aliud remediũ nullum ſupereſſet, ſed quod nullo remedio alio recta in poſſeſsionem reponi poſſit: neque abs re eſt, quod Acc. *vbi in neceſſarium* interpretatur, *vtile* Nimirum propter plenum ius re vtendi ſimul odio violenti inuaſoris, hoc interdictum fructuario accomodatum eſt, cum alias remedia poſſeſſoria non niſi vere poſſidentibus concedantur, eaque de cauſa interdictum vti poſſidetis fructuarius non habet.

LIT. B.

Ait quod ratione poteſtatis ædificium & conſum-

conſummare, & nouum extruere poſſit. Equidē recte hoc reſtringit ad fructus. quoniam in ædibus locum non habet: etenim quod dicitur *in l. 37. h tit.* ad caſulam pro vſu temperario & cuſtodia mercium in area fructuaria collocandam pertinet. Et illud tamen quoque non tam iure poteſtatis fit, quã neceſſitatis cauſa permiſſum eſt *arg d. l. 73. & l. 13 in l. 6. & l. 61. eod.*

Nec opus eſt.] Equidem vulgata lectio ſuſtineri poteſt, vt ſtillicidium intelligatur: quod non primus Ruſſardus, vt exiſtimare videtur Treu. ſed iam olim aduertit Accurſ. Attamen haud ſcio, an idoneis autoribus illa exceptio defendatur: & commodior eſt Cuiacij immutatio, quæ de impoſitione & refectione dicuntur, incommode ad riuum, commodiſsime autem ad rectorium accommodantur.

LIT. C.

Proponit in fin. quod fructuarius procuratorio tantum nomine nouum opus nunciare poſſit: & limitationis cuiuſdã vice in allegatis ſubijcit quod nũtiare poſsit tantum extraneo. Quæ limitatio nulla eſt, cum hoc ipſum in illa propoſitione neceſſario contineatur. ſiquidem cõtradictio eſſet nuntiare procuratorio nomine, id eſt, quaſi ex mandato domini, & nuntiare contra dominum. Et igitur quicunque ſimpliciter nuntiationis ius concedit fructuario, idem ſuo nomine poſſe nuntiare affirmat: ſicut qui procuratorio nomine hoc tantum concedit, idem ius nuntiandi fructuario negat. Et igitur res nondum expedita eſt: ſiquidem Iulianus *in l. vn. §. 3 de remiſſ* ſimpliciter nuntiandi ius fructuario concedit, ex hac ratione, quod habet ius intendendi contra extraneum, nõ eſſe ei ius altius ædificare: neque enim dici poſſe exiſtimo quod procuratorio nomine ſeruitutem vindicet: neque quod tantum extraneo nuntiare, & ab eo ſeruitutem vindicare poteſt, inde procuratorio nomine hoc ab eo fieri, recte concludi poteſt. Et porro cum ius vindicandi conſequatur ius nuntiandi, Iulianus, qui in illo ab alijs ICtis diſſenſit, vt ſupra ad th. 7. probatum, in hoc quoque diſſenſiſſe exiſtimandus eſt. Nam quod Vult. *5. diſcept. 18* exiſtimat fructuarium dici nouum opus nuntiare, eo ipſo dum vindicat vſumfructum *ad theſ. 7* refutauimus, & perſpicue refutatur ex *d. l. vn. §. 3. de remiſſ* vbi ius nuntiandi contra dominum fructuario Iulianus negat, & tantum ius vindicandi vſumfructum ei relinquit. Et ex his vera ratio petenda eſt, quamobrẽ fructuarius opus nouũ nũtiare poſsit vel non poſsit. illa enim Treutl. quod non habeat ius ſuper quo ſe fundare poſsit principium petit, & rem æque in obſcuro relinquit.

THESIS XIII.

LIT. A.

Magnam impenſam à domino repetat] Obijcitur quod quas impenſas proprietarius facere non tenetur eas nec à ſe factas fructuarius imputare poſſe videatur. Neque enim v. c. hæres rem meliorem quam relicta eſt præſtare, quin nec inſulam ruentem fulcire obligatus eſt, quam ſi fructuarius ſibi vtilem eſſe non putat, relinquere poteſt, quæ probantur ex *l. 7. §. 2. l. 50. l. 61. §. 1. h. t. l. 9 §. 4. locat.* Ideo aſſertio Tr. reſtringenda videtur ad caſus quibus vel nomine proprietarij aliquid impenſum eſt, vel quibus ius impendẽdi & innouandi fructuarius habuit, velut *in l. 13. § 5. & 6. h t.* ibi, *quæ non poteſt ſuſtinere fructuarius*, vt ſi pro fructibus ædificium extruxerit aut conſumauerit: quo referenda eſt *l. 7. C. h. t.*

LIT B C. & D.

Ait quod fructuarius agnoſcat tributa, ſiue præterita ea ſint, ſiue poſt impoſita. Vbi ſiquidem quod oppoſitio ſuadet, intelligit ante impoſita, idem bis repetit: cæterum ſi intelligit ante debita, aut de ijs, quorum dies poſtea ceſſit, accipiendus, aut quoniam hæc proprie loquendo antea debita dici non poſſunt, de nuda ſolutione explicandus erit: vt videlicet fructuarius quidem tributa etiam ante debita fiſco exſoluat, ſed à proprietario ea repetat: quæ videtur eſſe ſententia Pinel. *in l 1. part. 1. 2. C. de bon. mat.* vbi ait non perſonas ſed ipſa prædia conueniri. Poſsit videri exigendus proprietarius, vtpote vetus poſſeſſor, qui tributa præſtita repetat à fructuario: verum cum tributa ſint onus fructuum *l 13 de impenſ. in res dotal* citra ambages potius fructuarius exigendus erit, ſufficiẽte naturali poſſeſsione, de qua *in l 12. in pr. de acq poſſ.*

Licet pactum in contrarium.] Intellige vt pacto non poſsit præiudicari fiſco, quominus à poſſeſſore exigat tributa: inter ipſos autem conuenientes vtique pactio illa vtilis erit.

THESIS XIV.

LIT. A.

Niſi expreſſe inter partes.] Tractemus hoc potius in caſu, quo vſusfructus vltima voluntate conſtitutus eſt. Et eſt quæſtio duplex I. ſi teſtator leget vſumfructum Titio eiuſque heredi. II. Si leget fundum Titio detracto vſusfructu ſiue expreſſe dicat vt vſusfructus maneat penes heredem, ſiue non dicat, vt recte Caſtrenſ *in l. 14.*

Digitized by Google

C. *h. t.* quoniã qui legat detracto vſufructu, hunc penes hæredem vult remanere. De priori caſu, quem tantum tractat Tr. non agitur *in cit. l. 14. C. h. t.* licet recte Caſtrenſ. deciſionem illius legis etiam huc accommodet, ex ratione ſubiecta ne inutilis ſit proprietas. Agitur autem de caſu poſteriori, quoniam proponitur detracto vſufructu legatus fundus, qui alias in iure proprietatem plenam, nunquam nudum vſumfructum ſignificat. Conſtituit autem Iuſtin. vt tantũ primo heredi vſusfructus conſtiturus intelligatur, & ita diſputat, ac ſi quidam ex priſcis Iuriſconſultis in pluribus vel omnibus heredibus vſumfructum repetitum voluiſſet. Cæterum vt forte de hoc etiã quæſitum fuerit, ita de alia quæſtione in hoc ipſo caſu, cuius ſimilitudine fortaſſis deceptus fuit Tribon. controuerſiam inter ICtos fuiſſe, colligitur ex *l. 36. §. 1 h. t. & ex l. 26. de vſufr. legat.* nimium ſi teſtator proprietatem detracto vſufructu legauerit, & heres inſtitutus, antequam ex teſtamentario proprietarius egiſſet, vel pendente die aut conditione legatæ proprietatis deceſſerit, an ſtatim ab heredis morte, proprietas plena debeatur legatario, & vſusfructus tanquam finitus cum proprietate conſolidetur, an vero in perſona ſequentis hæredis primum vſusfructus incipiat. Et ratio dubitandi erat contra legatarium, non quod hæres ſecundus etiam heres ſit, quod male ICtis *in d. l. 14. C h. t.* adſcribere videtur Tribon. ſed quod vſusfructus nondum conſtitutus, & qui nondũ cœpit, expirare quoqi non poſſe videbitur: quoniam proprie & reuera tum demum exiſtere incipit vſusfructus, vbi poſt legatum præſtitum à proprietate fuerit ſeparatus, vt ſubtiliter diſputat Paul *in d. l. Sempronius 26. de vſufruct legat.* & inde fere cõcludit, vſumfructum in ſecundi heredis perſona incepturum. Quam ſententiam improbat African. *in l. 36. §. 1. in fi. h. t.* nec dubitandum dicens, quin heres ſequens ſtatim plenã proprietatem ſit debiturus: quoniam vtcunque heres vſumfructum & formaliter & ſeparatum non habuerit, rem ipſam tamen habuit, vſum & fructum rei, neque debent voluntates teſtantium nimia argutia iuris circumueniri. Et ipſe Paul *in fin. d. l. 26.* ſententiam priorem non obſcure corrigit, licet Hotrom. *in ſæpe d. l. 14. C h. t.* ICtos hic diſſenſiſſe exiſtimans pro, *ſed hic caſibus, in fin. pr d. l. 26.* legi velit, *nec his caſibus.*

Lit. B.

Si iam conſtitutus ſit] Parum ſubtilis hæc limitatio eſt: quia non entis nullæ ſunt qualitates, neque vſusfructus niſi conſtitutus, amitti dici poteſt.

Lit. D.

Hodie etiam banno] Non recte bannum opponitur capitis diminutionibus: quia non niſi quatenus ſpecies mediæ capitis diminutionis eſt, inter modos finiendi vſumfructum referri poteſt, quo modo Cyn. *in l. pen C. h. t.* à deportatione ad bannum concludit. Ideoque non ſatis bene hoc loco id proponitur: quia nihil in banno ad effectum finiendi vſusfructus ſpeciale, ſed quatenus banno annexa eſt bonorum publicatio, vſusfructus quoq; per illud finitur: qua ead. ratione contra methodi leges omnes illi modi, quibus bona alicui auferuntur, hic recenſeri potuiſſent. Ex hoc ipſo tamen conſequens eſt non recte generaliter & ſimpliciter hoc affirmari: tũ quia ex ratione iuris ciuilis publicatio bonorũ ceſſat: tum quia non omnis bannitus bona amittit: quomodo Gloſ *in §. relegati Inſt. quib. mod. ius patr. pot.* diſtinguit inter bannitos an illis bona adimantur necne, & Salic. *in l. 1. C. de hered. inſtit. nu. 13 & ſeqq.* aliquot ſpecies bannitorum, quorum bona non publicentur recenſet, eoque Cyn. *in d. l. 1. §. 3* magis in ſententiam negatiuam contra Tr. hoc loco inclinat: quo pertinet quod teſte Iaſon. *in auth. non licet Cod. de liber. prat.* Dd. communiter inter bannitum in ære & in perſona diſtinguunt.

Lit. E.

Ceſſione proprietario facta.] Subjicit in allegatis, ſi cedatur extraneo ius ſuum amittere fructuatium. In quibus quam videtur velle ſtatuere, oppoſitio nulla eſt, ſiquidẽ ſi ius ſuum amittit, finiri vſumfructum oportet, & ſi hoc caſu cum gloſſa recurrere putat vſumfr. ad proprietatem iuxta *l. 66. de iure dot.* idem erit effectu, atque ſi ipſi proprietario ceſſio facta fuiſſet: & ideo in th. vtrumque ponere debebat, ceſſione, ſiue proprietario ſiue extraneo facta vſumfructum finiri. Cõtradicit autem hic ſibi Tr. th. 10. vbi ſequitur Pinell. qui per ceſſionem extraneo factam vſumfructum amitti negat, quem autorem hic, prodiſſent, allegat, qua de re dictum ſupra ad *d th. 10 lit. A. & B.*

Lit. H.

Non vtendo per modum & tempus.] Indiſtincte requirit nõ vſum decennij vel vicennij. Atqui cum vſusfructus etiam in rebus mobilibus conſtituatur, hic triennio vt amittatur per nõ vſum, ratio ſuadere videtur & textus *in l pen. § 1. in fi. C. h t.* vbi Iuſti. ait tanti temporis ſpatio amitti vſumfructum, quanti temporis exceptio domi-

niuma

nium vindicanti obſtaret. Atqui vindicanti rem mobilem obſtet exceptio trienniij *in pr. Inſt. de vſucap* Attamen pro Tr. facit *l. pen. C. de ſeruit. itemque Gloſ. & Cyn. in d. l. pen. n. 3. in 2 quaſt.* qui indiſtinctè longum tempus requirunt: & *Salic. ibi in fin.* cum Glo. ſtatuit, quod actio pro vſufructu etiam rei mobilis, triennio nō exſpiret quoniam non ſubiectum, ſed ipſe vſusfructus, qui vbique pro re immobili habeatur, ſit conſiderandus. Secundum quæ *d. l. pen. §. C h. t.* ad præſcriptionem longi temporis erit referenda, idque ſuadent verba, *cum præſentem vel abſentem*, quoniā hæc diſtinctio in præſcriptione rerum mobilium non habet locum. Illud etiam quæritur, an hoc tempus quo finitur vſus, ſit vniforme inter præſentes & abſentes. Et Cyn. quidem *in l. vlt. C. de ſeru.* vtrumque putat teneri poſſe: licet Iuſtin. difformitatē minuere videatur *in d. l. pen. Cod. h. t. & in l. pen C. de ſeru.* vbi decennij & vicennij, abſentium & præſentium facit mentionem. Niſi quis exiſtimet ea tantum occaſione hoc factum, quod Iuſtin. longo, & eo quod omnino præſcribitur, tempore, vſumfructum vult finiri. Et ſane duplex ratio differentiæ, cur hic tempus vniforme ſtatui debeat, dari poſſe videtur, tū quod nemo videatur ignorare, quod alter vſumfructū rei ſuæ habeat, tum quod amiſſio contingit facto ipſius poſſidentis, nec quicquam intereſſe poſſit, proprietarius præſens fuerit necne. Verū dicam in ipſius perſona fructuarij intereſſe, vt rei in eadem prouincia ſitæ vſumfructum decem extra prouinciam, viginti annis amittat: eaque proculdubio veritas eſt.

LIT. I.

Non ingreſſu in monaſterium.] Communis hæc ſententia eſt, teſte Sal. *in auth ingreſſi. C de SS. eccleſ. n.* 10 vt ius vtendi quamdiu ingreſſus viuit, in monaſterium tranſeat: quoniam vt Cyn. *in l. pen. C. h. tit.* ſuadet hoc fauor religionis, & quod ſtatus mutatur in melius. Diuerſum tamen ſtatuit Salic. in caſu patris ingredientis, quem quoniam & adminiſtrationem & poteſtatis ius amittit, vſumfructum etiam in bonis aduentitijs filij amittere cenſet, contra quam putat Pinell. *l 1. p. 1. C. de bon mat. n.* 47.

THESIS XVI.

LIT. A. & B.

Centum annis durat.] Non obſtat *l. 78. ad leg. Falcid.* quia ibi agitur de ineunda ratione l. Falcidiæ, vbi ad ſummum fit computatio 30. annorum, vt ibidem ait ICtus, etiamſi diutius poſſit durare vſusfr. Cæterum in legato annuo diuerſum, vt hoc ſcil. etiam vltra 100 annos ciuitati debeatur, recte videtur Tr. ſtatuere lit. B. *poſt* Couar. citatum, vbi ſatisfacit præcipuę rationi, qua Bart. mouetur: quod in extinctione legati ſiue annui ſiue vſusfr. idem operetur in Republ. curſus 100. annorum, quod mors in priuato.

LIT. C.

Ait, bonis filij publicandis patrem non amittere vſumfructum in aduentit. js, ſed nec proprietatem publicari, nec Caſtrenſia. Hoc quidē ex ratiōe Iuris noſtri nō niſi ſpecialibus caſibus, quibus cōfiſcationi relictus locus eſt, quæri poteſt: Cæterum cum nulla alia bona præter enumerata filius habeat, ſimpliciter dicendum erat, filiofam. damnato nulla bona publicari. Ratio ſumitur *ex l 3. de bon. damn.* quod ſi etiam Caſtrenſia, in quibus plenum ius habet filius, non publicantur, multo minus aduentitia, quorum pater vſumfructum habet, publicabuntur: quæ etiam ratio eſt Sali. *in d. l. 3* Ratio rationis eſt ad *d l. 3.* quia filius damnatus pro mortuo eſt, quo caſu pater etiam bona caſtrenſia iure peculij tanquam perfectitia occupat *l 9 de caſtr pec l. vlt. C eod* Quæ cum hodie ceſſet ratio, & filiusf. & in caſtrenſib & in aduentitijs poſt *Nou.* 118. *c.* 2. ab inteſtato habeat heredem, etiam deciſio *d. l. 3, C de bon damn* ceſſare videtur. Sed duplex reſponſio eſt vna Petri, quod bona publicentur, quæ ſint alicuius ſecundum iuris communis obſeruantiam, non quæ ex priuilegio: quam magis videtur probare Cyn. *in d. l. 3.* Altera Iacobi, ꝙ vitanda ſit LL. correctio, nec vno correcto protinus ad alterius correctionem ſit inferendum: quam magis probat Sal. *ibid.* quod præſertim generaliter verum non videatur, bona ex priuilegio conceſſa non venire in publicationem bonorum. Et vero quod à Iuſtin in Nou. 118. in fauorem filij conſtitutum eſt, non debet præter eius mentem & intentionem in odium patris retorqueri, cui proculdubio in hoc caſu nihil derogatum, nec ius fiſci auctum voluit Iuſtin. ideoque perinde hoc caſu habebitur, ac ſi ex ratione iuris veteris patet bona filij iure peculij occupaſſet.

LIT. E.

Legato vſufructu ædium cum onere altius non tollendi, proprietatem legatā intelligi negat, ſed in contrarium vocat, quod *poſt Gloſ. Bart. Bal. Florian.* & omnes omnino tanquam pro certo *ex l 19. h. t.* notant, proprietatem eo caſu legatam videri: & ipſe textus non obſcure hanç ſententiam probat, vel quod alias adiectio dę

Digitized by Google

non rollendo alrius ſuperuacna eſſet, *l 13. § pen. in fin h tit.* vel quod ICtus inſulam ita legari poſſe air: inſula autem non vſumfructum, ſed proprietarem ſignificar, ſicuti fundus *l 19. d. vſuf. leg.* de quo eriam vide Conan. 4 *com. 3. n. 13* cuius explicario ſentenriæ cõmuni magis adſtipulatur.

THESIS XVI.

LIT. A.

Etiam veſtimentorum quaſi vſumfructum eſſe affirmat: quod quidem perſpicue ſaris rraditum eſt *in § 2. inſt. h. t* ſed impugnar ratio, quod earum rerum quaſi vſusfructus eſt, non quæ vtendo atteruntur & dereriora fiant, quo ſenſu omnes fere res ad quaſi vſumfructum referri poſſent, ſed quæ ipſo vſu conſumuntur, & quarum non niſi in abuſu vſus eſt: & in ſumma quaſi vſusfructus eſt in rebus fungibilibus, quod probar rubrica &c. *t. de vſufr earum rerum, &c.* Repugnanr etiam textus *in l. 15. §. 4. h. t.* (qui male a quibuſdam accipirur de veſtibus ſcenicis, de quibus agitur *in § ſeq.* hac differenria, quod etiam locari poſſint) *& in l. 9 § pen. vſufr quemadm. cau.* quod hoc caſu cauendum ſit de vtendo boni viri arbitrio, & veſtes attritæ reſtitui poſſint: vt ita dominium iu accipientem non transferatur quod fit in quaſi vſufructu *l. 7. de vſuf. ear. rer &c.* in quem veniũt res quæ ſunt in abſumptione, & quæ adeo in genere ſuo functionem recipiunt. Attamen pro Tr. facir *d. l. 15. §. 4.* ex qua colligitur, vſumfructum veſtimenrorum dupliciter, vt corporis & quantitaris, legari poſſe, quo videtur reſpexiſſe Tr. dum ait, quandoque veſtimenrorum quaſi vſumfructum eſſe, quod & Pacins in antinom. probat. Sed verendum eſt, ne verba *d. §. 4. non ſicut quantitatis vſusfructus legetur,* imperiti ſinr interpretis reſpicientis *ad d. § 2. d inſtit. h. t* quippe quod ea turbent conſtructionem, & contortum efficiunr ſenſum quamuis etiam congruus ſir ſenſus, ſi retenta particula, *non,* reliqua, *ſicut quantitatis vſusfructus legetur,* inducantur, quoniam quatenus veſtes alijs rebus, velur fundo, ædibus, &c. opponuntur, ijs abuti, quoniam vſu atteruntur, videri poſſumus; quam ſententiam, verba ſequentia, *nec tamen locaturum,* flagitare videntur. Plane vulgata lectione admiſſa, probanda erit Accurſ. ſententia, ita veſtitum ſicut quantiratis vſumfructum legari, ſi legentur æſtimato, vt finito vſufructu pretium reſtituatur. ſecundum quod legendum erit diſiunctim *ſicut*: & tamen hinc veſtium quaſi vſumfructũ eſſe non efficierur, quoniam ita nõ veſtimentum aliud, ſed pretiũ reſtituitur Quod autem attinet *ad d. §. Inſtit. h t.* vel errarum illud Tribon. eſt. vel Metonymice materia tum pro materia. veſtis pro lana poſita eſt, ex ſententia Donell 10. *comm. 4.*

LIT. B.

Ait vaſallum non ſatiſdare eriamſi recte dicatur fructuarius. Atqui in eadem ratione de emphyteuta & ſuperficiario idem proponere potuiſſet, quibus non inferius ius vaſallus haber, Verum quicquid etiam Treut. videtur, vaſallus recte fructuarius non dicitur, propter ius quod habet perpetuum tranſmiſſibile, & dominio proximum, ira vt rem ab ipſo quoque domino directo vindicare poſſit.

LIT. C.

Ait vſu ſiluæ legato, fructum legatum intelligi, ſi ſilua in propinquo nõ ſit: ita enim adiecta negatione legendum eſſe apparet ex cit. Donel. 10. *comm 24 & Accurſ. in l. pen. de vſufr. & habit.* vbi eum textum accipit de ſilua remota: quoniã ex ſilua propinqua ligna cum vtilitate licet ea non vendat, pro neceſsitate familiæ credere poſſit: adeo, ratio legir, *quia niſi liceret, &c.* quodammodo pro conditione, accipienda erit. Quod nõ immerito duriuſculum & diuinatorium videtur Pinello *in l. 1, C de bon. mat. nu. 57.* Enim vero non quiuis familiam habet, & in locis, vbi clementes hyemes vſus ad neceſsitatem familiæ nõ magnum commodum attulerit: quamuis alias pro Accurſ. dici poſsit, reſpexiſſe Imperatorem *d. l pen.* quod frequenter ſiluæ ab oppidis ſolent eſſe remotiores: & fortaſſe hoc arbitrio iudicis fuerit relinquendum.

Alias vero notum eſt.] Immiſcet quæſtionem, de qua ſupra *theſ. 8. lit. B.* quod in fructu contineatur vſus.

LIT. D.

Operis ſerui legatis vſum legatum videri tradit. Operæ ſerui ius quodammodo proprium & quaſi intermedium conſtituere videntur, & aliquid & abuſu & ab vſufructu ſeparatum habere *l. 1. § 9. ad l. Falcid.* quoniam qui vſum ſerui habet locare eius operas non poteſt *§. 3. Inſt de vſ. & habet,* ſed qui operas habet, poteſt *l. 2. de vſuf. leg.* Fructuario etiam ex re eius ſeruus acquirit quin & omne id quod contemplatione fructuarij ſeruo dictum eſt *§. Inſt per quas perſon. nob. acquir. l. 21. & 22. h. t.* Quæ licet ita ſint, magis tamen ad vſum operæ accedere videtur, quod docet *l. 5 de oper. ſeru.* neq; enim probanda eſt emẽdatio *Gou. & var. lect. 7.* vbi pro vſum reponit, vſumfructum nam & habitatio ad vſum proxime

acce-

accedens, ius tamen proprium conſtituere videtur, §.2 *& poſt Inſt. de vſu & habit.* Neque obſtat *l.4 de oper. ſeru.* ex qua hoc ſaltem probatur, quod pars fructus hominis in operis cōſiſtat; & licet alias proprie loquendo fructus hominis nihil aliud quam operæ eſſe videantur, ſiquidē partus ad proprietarium pertinet, *argum, l.3. de oper. ſeru l.43. de euict.* attamen in hac materia, cū iuxta prædicta alia quoque fructui accenſeantur, operæ ad vſum referri poſſunt: ſicut & ea, quæ v.c. ex fundo in vſu hic in ſpecie eſſe dicuntur, reuera fundi ſunt fructus.

DISPUTATIO XVII.

DE SERVITVTIBVS REALIBVS.

Reſpondente.

IOHANN PHILIPPO BOHN Lorchenſi.

THESIS I.

LIT. A.

IN definitione nō diſſimiliter, ac diſp. præce. in definitione vſusfructus, offendere videtur: quoniam cum ſeruitus ius dicatur reſpectu dominantis prædii, reſpectu ſeruientis iuris quædam priuatio ſit, non recte videtur definiri, ius quo prædiū ſeruit, neque recte per ius prædium ſeruire dicitur. Vtique hoc inconcinnum eſt, vt genus fundum dominantem, ſeruientem differentia reſpiciat. Porro cū vſumfructum theſ. 1. diſput. præced. per ſeruitutem tanquam genus proximum, improbato genere iuris, quo JCti vtuntur, definiuerit, etiam ſeruitutem realem per idem genus definire debeat, *argu l.1. h. tit.*

Ex eo cui detur.] De hoc actum eſt aliquid diſp. præc. lit. A. & agitur infra hac diſp. th. 5.

LIT. B.

Non loco ſed qualitate.] Turbare hic videtur *l.2. de ſeruitut. ruſt. præd.* Gloſſ. & Dd. hic dormitant. Probabiliter dicitur, quod diſtinctio ſeruitutū conſideretur vel ſimpliciter, vel cum effectu iuris videlicet ratione acquiſitionis, conſtitutionis aut amiſſionis, pignorationis noui operis nunciationis & quorum effectuum identitas etiam facere debet idētitatem ſeruiturum. Hinc v.c. ſeruitus altius non tollendi, cum eius eadnatura ſit, ſiue debeatur ædificio ruri ſiue in vrbe extructo merito etiam vnica, non modo vrbana, modo ruſtica exiſtimanda erit: etenim vt maxima prædia ipſa à loco vrbana & ruſtica appellari poſſint, ea tamen diuerſitas ad varianda ſeruitutis alicuius naturam, nihil operatur: vt proinde in hac diſputatione, ſiquidem à ſubiectis denominandæ ſunt ſeruitutes, omnia ædificia vrbana ſint habenda. Exemplum præbet materia taciti pignoris, cui in vrbanis illata & inuecta in ruſticis fructus obligantur: cuius effectus reſpectu, prædia quæ fructus nō ferunt, vt illata pignori eſſe poſſint, vrbana, quoniā naturа hac in re imitantur, prædia dici poſſunt: idque eſt quod dicitur *in l. 4. §.1 in quibus cauſ. pign. tac.* ſtabula vrbana prædia non eſſe, attamen quod ad cauſam taciti pignoris pertineat, non multum ab vrbanis prædiis differre: Hæc videtur ſententia Donelli *tract. de pign. cap. 4. v. etiam Govean. 1. var. 16 Hott. 8. obſ. 12. A. Fab. 19 coniect. 15. Alb. Gent. 4. lect. 4. Mercer. in conciliat. pag. 58. Forcat. in l. 1. h. t. n. 21.*

Prædij vicinitatem.] Male hic ſequitur Vult. hanc differentiam inter vrbanas & ruſticas ſeruitutes conſtituentem, quod in illis vtriuſque prædij vicinitas nō requiratur. Etenim & in genere & in ſpecie vbi de vrbanis ſeruitutibus agitur vicinitas exigitur *in l 1. §.1. l.2. 4. 6. 8. 9. 11. 21. 29. 31. & 33. de ſeru. vrb prædior.* & ſi ſingulas ſpecies percurras, non niſi inter vicina prædia locū illis eſſe deprehendes, quin imo natura vrbanarum ſeruitutum maiorē vicinitatem prædiorum requirere videtur. Nec obſtat quod *in l. 6 in prin. com præd.* dicitur, parui referre vicinæ ſint ædes an non: vel quia ille textus eſt de ſeruitute altius nō tollendi, quæ etiam à remotioribus ædibus deberi poteſt. *l.4. §. vlt. l 5. & 6. in princ. ſi ſerv. vind.* & à ſpecie male infertur genus: vel quia illa conſtitutio nō ſimpliciter valet, ſed eatenus vtilis eſt, ſi ædes intermediæ ſint humiles, & quidem eatenus, & tam diu vtilis quamdiu dominus intermedius nō extulerit ędes: vel denique generaliter dicemus, ſicut prædio futuro imponi poteſt ſeruitus, ita & remotiori prædio imponi poſſe, vt quemadmodum illo caſu ædificio demum extructo vtilis eſſe incipit ſervitus, ita hoc quoque caſu ſeruitus quaſi pendeat, interim dum intermedio etiam prędio fuerit impoſita: quam veram ſententiam eſſe. *d. l. 6. com. præd* docet collatio *in l. 7. h. D. eod* quæ ſimul differentiam illam Vult. plane confundit: quoniā quod *in d. l. 6. de altius non tollendi ſeruitute, idē in l. 7. de itinere* affirmatur. Et ſeruitutes ruſticas diſtantia aliqua prædiorum, minus impediri

Digitized by Google

autem conceſſio etiam libertatem prædio reſtituit. Aliæ igitur explicationes & coniecturæ quærendæ ſunt. Duas habet *Gloſ. in d. §. æque, l. d. aſt.* Prima ſi quis ſit in quaſi poſſeſſione ſeruitutis, ne altius tollā ædes meas, ego agam ius mihi eſſe altius tollendi Verùm ita ego vindico nō ſeruitutem ſed libertatem. *Secunda*, ſi debeas mihi ſeruitutem, vt altius teneas ædificatum, ꝙ poſt Dynum Iaſon. *in d. §. æque n* 43. ita exemplificat, ſi ædibus tuis, quæ meis debeant ſeruitutē oneris ferendi, collapſis, ego agam, vt ædes extruas quo tignum immittere vel onus, imponere poſſim. Verum hęc ſententia plane inepta eſt: vel quia aliud eſt ædificare, aliud altius tollere: vel quia hic nulla ſeruitus altius tollendi: ſed tātum oneris ferendi, cuius vindicatione conſequor vt vicinus ædes reficere cogatur: vel quia ita verba *d. §. æque*, ſi quis agit ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, ineptiſſime explicanda fuerint, ſi quis agat, ius ſibi eſſe, vt vicinus cogatur ædes ſuas altius tollere. Alia cōiectura & exemplum iſtius ſeruitutis eſt, ſi interſit mea, vt vicini ædes altius tollantur, & ita eum vt ædificet & altius extollat cogere poſſim, veluti ſi per repercuſſionem lumen in ædes deferatur, *argu. l. 17. §. 2. d. ſerv. vrb.* vel mercator doloſus vmbroſas ædes vel tabernas habere velit; vel ſi ædibus altius ſublatis incommodus ventus vel tranſeuntium proſpectus in ædes meas impediatur: cuiusmodi exempla proponuntur à Cæpol *d. ſerv. c. 26. n. 1.* Sed & hanc coniecturam deſtruit, tum quod vnicà tantum traditur ſeruitus oneris ferendi, quam debens aliquid facere cogitur. *l. 15. §. 1. d. ſeru. l. 6. §. 2 ſi ſervit. vend.* tum ꝙ de eiuſmodi extraordinaria ſeruitutis ſpecie ICti ſupra dd. locis egiſſe aut cogitaſſe non videntur: tum quia repugnant verba *in dict. §. æque ius ſibi eſſe altius tollendi* & maxime in *l 2. d. ſeruitut ruſt* Licere altius tollere, quæ coactionem excludūt. Videamus an tentari poſſit, vnam eandemque eſſe ſeruitutem, quæ diuerſa relatione diuerſis nominibus appelletur, cauſam præbente formularum diuerſitate, quæ ex parte aſſerētis ſeruitutē negatiue ex parte eam negātis, affirmatiue concipiuntur: ex qua diuerſitate etiā ipſam ſeruitutem diuerſimode appellatam probabile eſt: & cum ſeruitus priuatio ſit libertatis poſſit dici ſeruitus altius tollēdi, quæ iure illo priuat, & hæc verba, debeo ſeruitutem altius tollendi. hanc interpretationem recipere poſſunt debeo ſeruitutem altius tollendi. Verum, vt libere ꝙ ſentio exponā, exiſtimo eatenus dici ſeruitutē altius tollendi, & eo reſpectu, quatenus relatio fit ad vicinum, qui me altius ædificante, ipſe cōtra ædificare, & luminibus meis officere iure conſtituta ſeruitute non poteſt Nimirum, vt exemplo ſimili vtar feneſtram in ſuo aperire iure libertatis cuiuſuis licet, ſed quo minus vicinus officiat luminibus, aperire non licet, niſi impoſita ſeruitute, quæ relatiue dici poteſt, licere feneſtram aperire, & lumina immittere, quatenus ſcil. propter ſeruitutem impoſitam vicinus contra nihil facere poteſt, & ita liceat eum effectu vt lumina ita retineam, quod ſolo libertatis iure non licet. Ead. ratione iure libertatis altius tollere licet, ſed ita tollere, ne contra tollatur, impoſita demum ſeruitute licet: quo reſpectu *in l. 2. d. ſeruit. ruſt.* dicitur ſeruitus licere altius tollere Vide etiā Ant Fab. 19. *coniect. 9. & 15. inſ.*

LIT. E.

Hæ diuerſæ ſeruitutes ſunt.] Videlicet ne luminibus officiatur, & ne altius tollatur. Hactenus illæ inter ſe ſimiles, quod maxime ſublatione ædium luminibus offici ſolet, *arg l 4. de ſerv. vrb.* attamen aliis quoque modis lumina impediri poſſunt, veluti arboris poſitione *l 17. ſeru vrb.* vt proinde plus ſit in hac ſeruitute, ne officiatur luminibus.

An huic ſeruituti.]Verba Tr. ita habent: an huic ſeruituti locus ſit: ſi quis acquirat partē ædium ab eo, qui in alia parte non vendita habet feneſtram in aream vicinarum ædium venditarum reſpicientem: & remittit ſe ad Teſſaurum quem hoc dicitur affirmare. Verum ex allegato loco apparet & obſcure & male hanc quæſtionem à Tr proponi: quia non tam quærendum eſt, an huic ſeruituti ſit locus, ſed potius an ædes ita vēditæ cenſeantur, vt maneant in ſtatu quo ante fuerunt, & debeant ſeruitutem ne officiatur luminibus iis quas venditor retinuit. Quod licet affirmare videatur Treut. ex eo tamen dubium redditur, quod cum res ſua nemini ſeruire poſſit, vtræque illæ ædes, quamdiu penes eundem dominum fuerunt, inuicem ſibi ſeruitutē debere non potuerunt: vt ita neceſſum eſſet, de nouo exiſtere ſeruitutem, quod tamen citra cōſtitutionem fieri non poteſt: facit contra Tr. *L. 10. d. ſerv. vrb.* quod ipsū agnoſcit Teſſaurus, qui licet pro affirmatiua iudicatum ſcribat, magis tamen tandem videtur inclinare in negantem, extra caſū ſeruitutis vt ipſe loquitur permanentis. v. c. tigni immittendi oneris ferendi, cū quo onere proculdubio ædes venditæ intelligentur, quod & probat Cæpol *d. ſervit. c. 38 n 6.*

THE:

Digitized by Google

THESIS III.

LIT. A.

Affirmat hic nemini licere pariete ſuo aperto, feneſtras in eo invito vicinio habere. Quam ſententiam, ſiquidem paries proprius ſit falſam eſſe exiſtimo quia ſicut ædes ſuas altius tollere, etiamſi vicino officiatur, licet, etiam licebit quoduis facere in proprio pariete, quem etiam deſtruere licet, vt recte Hottoman. *2. amic. reſp. 4. & 31.* quem male pro ſe adducit Tr. Et omnino probo Donel. 10 *Com 5.* poſſe quem aperire parietem iure ſuo, ſed vicinum poſſe contra ædificare, agere autem, ius vicino non eſſe parietem apertum habere, non poſſe. Neque obſtat quod probare videtur ex *l. 4 & 40. d ſeru vrb.* iure tantum ſeruitutis vicinum lumina mea excipere teneri: quia reſpondeo vel ſeruitutem talē *in d. l. 4.* intelligi, per quam vicinus lumina excepta in medium dimittat, vel hoc explicant Gloſſa Br. & Flor *in d l 4.* vel potius (quia hæc explicatio præſupponit ſingularem ſpeciem ſeruituris, & fere confutarat per *d. l 40.*) ex verbis *excipere teneri:* quia hactenus iure ſeruitutis fit: vt vicinus luminibus officere nō poſſit: alias citra ſeruitutem, iure quidem feneſtras immittere, ſed viciſſim vicinus iure ſuo luminibus obſtruere poteſt. Nec mouet oppoſitio *d. l. 4.* inter ſeruitutem luminum, & ne luminibus officiatur: quia hæ ſeruitutes differunt tantum ſecundum quid, & magis & minus. Illa reſpicit primordialem conſtitutionem luminum, & in loco ſingulari etiam eſſe, & eo quoque pertinere, vt vicinus aliquid remoueat, poteſt. Et ſane quæcunque ſeruitus luminum, quæ alias inutilis futura eſſet, hoc neceſſario ſecum trahit, vt ne vicinus illis officere poſſit. Illa ieiuna obiectio eſt qua mouetur Cuiac. 1. *obſeru. 31.* quod nihil interſit, pedes ne an oculos quis in alieno habeat: quoniam imo multum intereſt, neque inſpiciendi in alienum, ſed luminis gratia quiſque feneſtras immittere præſumitur. Plane ſtatutis & legibus, ſicut ædificiorum altitudini, ita huic quoque rei modus imponi poteſt. quod factum videtur *in l. 12. Cod de ædif princip.* vbi diſtinguitur inter feneſtras luciferas & proſpectiuas, & has non niſi ſub certo modo & diſtantia habere permittitur: quamuis illa conſtitutio noue ex Græco inſerta, & vtrique conſuetudine & ipſa reip. conditione antiquata ſit.

Vbi recte reprehenditur.] Bis reprehenditur hac lit. Cuiac. 1. circa emendationē *l. 14. d ſeruit vrb.* in qua pro, *nulli*, putat legendū, *luminū*. Ipſe quidē Cuiacius non omnino eā probare videtur: & tamē id quo mouetur Cuiacius, quod alias nulla ratio dubitandi ſit, nec remouetur à Robert. *2 recept. lect. 30.* (quoniam licet circa interſtitiū illud, dubitandi ratio ſit, illud tamē manet nullā eſſe in priori parte legis, qua area nulli ſeruitutē debens proponitur) neque ab Hottomā 2. *amicab reſponſ 4* qui non probat, quod ſeruitutē luminum debens nullo plane modo poſſit ædificare. Deinde reprehenditur Cuiac. circa emendationē *l. 40 d. ſeruit vrb.* quæ extat *1. obſeru. 31.* (quoniā error hic eſt Typographi, qui iterū hic poſuit *l 14. d ſeruit vrb.*) Et hæc quidem reprehenſio recta eſt, quoniā iam ante probauimus, proprio parieti aperto licere feneſtras immittere: verum ea non decebat Tr. quippe qui ſequitur hac in re ſententiam Cuiacij, exiſtimantis, inuito vicino nec proprium parietem aperire licere, & ideo *in d l 40.* pro *commun* reponentis, *cæco.*

Supereſt iſta hac lit. quæſtio, an & quomodo differant ſeruitus luminum, & ne luminibus officiatur. Eas quidem differre affirmat Treut. per *l. 4. d. ſeru vrb* ſed dubium facit, quod ſola exceptio luminum, de qua *in d l. 4.* agitur, non poteſt facere ſeruitutem, niſi ſimul hoc actum ſit, ne vicinus luminibus officiat: quoniam, vt paulo ante probarum, quiuis iure ſuo lumina immittere poſſit. Hinc Donell. 11 *comment. 5.* diuerſitatem *in d l. 4.* propoſitam tantum ad conceptionem verborum refert Sunt qui eiuſmodi ſeruitutem confingunt, vt vicinus cogatur habere feneſtras in ſuo, vt inde ad nos lumen deriuetur. Verum hæc plane irregularis fuerit ſeruitus, & hæc explicatio abhorret à proprietate phraſis, lumina noſtra excipere *dict. leg. 4.* Dici poſſit ſeruitutem luminum reſpicere conſtitutionem nouam luminum, ſed eam ne luminibus officiatur, cōſeruationem magis præteritorum. Paul. Caſtrenſ *in d l. 4.* hoc differre has ſeruitutes ait, quod altera plus altera minus contineat: eum qui luminū ſeruitutem debet poſſe ædificare, & quiduis facere, modo lumen neceſſarium vicino relinquat: qui autem debet, ne luminibus officiat, nihil plane quo lumen minuatur, facere poſſe, licet alias lumina vicino abundent: quod etiam ſequitur Cæpol. *loc. cit.* & fere etiam Duaren. 1. *diſput. 33. in princip.* Et hactenus admitti poteſt differentia à Cuiac. tradita; *1. obſeru. 4.* quod qui luminum ſeruitutem debet, ædificare poſſit: Etenim quæ ab Hottom. 2 *amic. reſp. 4.* proponuntur differentiæ, quod ſeruitus ne luminibus

luminibus officiatur habetur ab ædib' plerumque è regione poſitis, altera ab ædibus cõtiguis: illa hoc cõtineat ne vicinus aliquid faciẽdo lumina mea minuat, hæc vt nude patiatur & mea lumina feneſtraſque in aream ſuam excipiat, difficultatem non tollunt. Prima commentitia eſt, neque poſſunt ædes alteræ alteris hanc ſeruitutem debere, niſi qua rationem è regione ſibi oppoſitarum habent. Altera principiũ perit, quoniam iam ante probauimus in ſola luminis exceptione nullam conſiſtere ſeruitutem: etiã paulo ante notata. Illud hic obſeruandum, non eas tantum ſeruitutes vt diuerſas proponi, quæ ſpecie, ſed etiam quæ gradu, qualitate, & ſecundum plus & minus diſtinguuntur.

LIT. C.

Quæ itidem diuerſa ſunt.] Videlicet ſeruitus proſpectus, & ne proſpectui officiatur. Videtur autem harum ſeruiturum ead. ratio & proportio, quæ priorum duarum luminum, & ne luminibus officiatur: vt proinde etiam ſicut hæ, ſecundum plus & minus diſtinguendæ videantur. Neque enim probandam puto Cæpol. quem Tr. ſequitur ſententiam, quod qui ſeruitutem proſpectus debet, teneatur aliquid facere, & remouere, quæ proſpectui officere videantur: ſi quis autem debeat, ne proſpectui officiatur, eum ſatis eſſe nihil contra facere. Hoc quidem plane diuinatorium, & contra naturam ſeruitutum aliquid facere cogi, & accidentale eſt, vt aliquid interueniat, quod officiat proſpectui, qui facile ab initio liber conſtitui poteſt: neque veriſimile eſt, quod ſeruitus proſpectus plenior ſit, quam illa ne proſpectui officiatur.

LIT. D.

Ad quæ etiam ius venandi.] Caute facit, quod tantum refert hoc, apertè nõ probat: nihil enim poteſt dici falſius, quã ius venandi ad ſeruitutes vrbanas eſſe referendum. Iniutiam tamen facit Gailio, qui *obſ. 66.* non ſeruitutem vrbanam, ſed Realem eſſe, cum Zaſio affirmat: quamuis nec inter ruſticas ſeruitutes ius venandi recte computetur, vt oſtendemus *inf. p. 2. diſp. 20. th. 3.*

THESIS IV.

LIT. C.

Recte hic Tr. in definitionibus ſiue deſcriptionibus (quibus alias ad perfectionem definitionis, aliquid addi poſſit) itineris, actus, viæ, nihil vult mutari. Nimis improba hæc iuta tractandi ratio eſt, L.L. ex captu tuo metiri, & quidquid non capit tuum caput, protinus ſpurium & expungendum clamitare. Cum duobus autem hic nobis res erit, Antonio Fabro & Hottomanno. Ille in actu ius ſolum eundi cum iumento eſſe ait, eoque verba *l. 1. d. ſeru ruſt. & inprin Inſtit. de ſer. præd etiam ſine iumento*, imperito interpreti aſcribenda & expungenda, nimis audacter, ne quid grauius dicã, contendit, & *in l. 2. quemadm. ſeru. amit.* expreſsè hoc actum, vt etiam ſine iumento ire liceret, comminiſcitur. Ea ſententia præter textus illos expreſſos, confutatur per *l. 58. l. V. O.* vbi falſo reſponderet ICtus, eum qui actum ſtipulatus eſt, iter poſtea ſtipulando nihil agere, niſi ius per ſe eundi in actu contineretur: & inepta plane ratio à Fabr. propoſita, quod verba ſint interpretanda contra ſtipulatorem: ſiquidem nihil imputari poteſt ei, qui per iter ius eundi per ſe, proprio ſignificatu intellexit: neque vero ICtus rationem decidendi ab ambiguitate verbi petit, ſed ex eo, quod ſtipulatio actus contineat iter, non ſecus ac in ſtipulatione fundi vſusfructus continetur *d. l. 58.* Accedit *l. 9. §. vlt d. nouat.* vbi dicitur, nihil agere eum qui actum ſtipulatus, poſtea iter ſtipulatur. Neque enim verum eſt quod A. Fab. ait nullã poſſe fieri nouationem, niſi in poſteriori ſtipulatione amplius contineatur: quia imo ſufficit, aliud in poſteriorem ſtipulationem deductum eſſe: quin & ille locus nõ de nouatione, ſed ſimpliciter de ſtipulatione loquitur. Sed obiicitur *l. 1. d. adim. legat.* vbi actu legato, ſi iter adimatur, nihil ademptum ICtus reſpondet: atqui ſi in actu ius eundi per ſe contineretur, vtique ademptione hac aliquid agi reſpondendum fuiſſet. Reſpondet *Donell. 11. comm. 6.* nihil adimi, id eſt, nõ iter cum iumento, quia non poteſt: non iter ſine iumento, quia hoc antea non legauit: quæ ipſa Accurſ *in dict. l. 1. d. adim. legat.* reſponſio eſt. Verum quia hoc nimis argutum, & fere captioſum videtur (quoniam ſiquidem in actu ius eundi per ſe continetur, etiam ipſum legato actu legatũ videri poteſt) rectius forraſſe dicitur, quod cum actus natura ſua in ſe contineat iter *d. l. 58 d. V. O. & d. l. 9. § vlt. d. nouat.* ademptionem ſequutã ita potius explicarunt ICti vt pro nulla habeatur, & ita actus in natura ſua, & qualis regulariter eſt, relinquatur. Plane ſi teſtator expreſsè ita ademerit, vt eum ſine iumento ire prohibuerit, non dubitauerim ademptionem vtilem futurã: quod licet in itinere minus ſit, eo tamen reſpectu hæc ademptio vtilis fundo ſeruiẽti eſſe poteſt, quod ius eundi per ſe frequẽtius ſoleat exerceri: velut etiã expreſſa conuentione ita cõſtitui actus poteſt, vt ſit ſine itinere, *per l. 4. §. ſeru. vindic.* Ad

Digitized by Google

eundem modum in fructu ineſt vſus *d. l. 9. §. vlt. d nouat* & qui fructu legato vſum adimit, nihil adimere dicitur *l. 14. § 1. d. vſufr & habit* vt tamẽ nihilominus aliquando hæc ſeparari poſſint *l 5. §. 2. vſufruct. quemadm. caueat.* de quo actum diſput. præc. Hæc contra Anton. Fab. pro aſſerenda definitione actus, quod hic etiam cõtineat iter. Aliam controuerſiam eidem actui mouet Hottom *obſeruat.* 21. negans eo contineri ius agendi vehiculum. Scilicet exiſtimat ille, veteribus ICtis hic non conuenïſſe: & Paulum quidem cũ Modeſtin. nullum inter actum & viam differentiam reliquiſſe, Pompon. autem & Vlpian. actum iumenti videtur vehiculi propriam putaſſe; cui coniecturæ ne obſtet *l. 1. d ſeru. ruſt.* definitionem actus quæ Vlpiani eſt, ita emendat, quod ſit ius agendi iumentum, non etiam vehiculum: vt ita iter ſit equitum & peditum, actus mulionum & agaſonum, via aurigarum. Quæ ſane belle ſe ſubſequentia probarem non inuitus, ſi opiniones Hottom. eandem, quam textus iuris, obtinerent authoritatem: neque temere aut textus emendandi, aut IC. inter ſe committendi ſunt. Et ſtatuamus igitur cum Vlpian. *in d. l 1. & cum Iuſtin. in princ. Inſtit. d. ſeruit. præd* quod in actu etiam ius agendi vehiculum contineatur. Cui ſententiæ nõ obſtat *d. 13. d ſeruit.* vbi dicitur ſi ita anguſtus locus ſit, vt iumentũ tantum agi poſſit, actum eſſe: quoniam actus alius plenior cum vtroque iure, alius minus plenus eſt: vel propter conuentionem partium, vel qualitatem loci anguſtioris: vtique enim cum iumentum agere in itinere nunquam, in via ſemper contineatur, ius agendi tantum iumentũ nõ niſi actus eſſe poteſt. Porro obiicit Hottõ. *l. 23 d. ſeru ruſt.* vbi ait ICtus, viã poſſe eſſe anguſtiore octo pedibus, modo vehiculum ire poſſit, alioquin iter futurum non viam, vel admiſſa emendatione Hottom. actum aut iter futurum non viam. Reſponſio eſt ead. quod in via neceſſario ſemper inſit, ius agendi vehiculum, ſed ab actu aliquando abeſſe poſſit: & iuxta vulgatam lectionem, cuius mutandæ nulla ratio eſt, non obſcure colligitur, etiam in actu aliquando ius vehiculi agendi ineſſe: quod etiam ſatis perſpicue traditur *in l. 7. §. 1. & l. 22. d. ſeruit ruſt. fa. it l. 11. quemad ſerv. am. & l 13 § 1. d. acc ptil.* vbi dicitur, ſi actus & iter accepto ferantur, tolli viã: quod ſane & falſum & abſurdum eſſet, ſi in via hoc amplius ius agendi vehiculũ contineretur At dixerit quis, hoc modo nullam inter actum & viã ſuperfuturã differentiã. Forcatulus *in l 1. d ſeru. nu. 24.* ita hæc duo diſtinguit, vt qui viam habet, vehiculũ agere poſſit & ſimul a latere iumentum: qui autem actum, non ſimul, ſed tantum ſucceſſiue, aut ſi ſimul, ita vt præcedat iumentum ſequatur vehiculũ aut vice verſa. Abſurdius adhuc Robert. 4. ſentent. 5. putat actum ſignificare ipsã actionem, viam autem ius. Rectius dicitur, quod via ſemper perpetuo & proprietate ſua cõtineat ius agendi vehiculũ, actũ non ſemper *l. 23. d. ſer. ruſt.* & vbi continet, conſequentia magis quadã quã proprietate verbi comprehendere, quæ videtur ſententia Cuiac 22. *obſ 35. Donell. 11. com. 6. Duar. 1. diſp. 31. Charond. 1. veriſim. 5. Marc. Lyclam. 3 mem.* 12. Huc accedit, quod in via etiam cõtinetur ius trahendi tignum, ferendi haſtam rectam *l. 7. d. ſer v ruſt.* vbi vid. Gothof. Videri etiam poſſit, ꝙ actus tantum contineat alterutrũ, agere iumentum, vel vehiculum; arg. definitionis, qua dicitur eſſe ius agendi, non, iumentum & vehiculũ, ſed, iumentum vel vehiculum, ſed id textus citati non ferunt Vl:imo ad priorum confirmationem notandum, quod ſeruitutes iſtæ tres non tam ſpecie quam potius gradu, ſecundum plus & minus differre videantur.

t *Si via eam latitudinem.*] Proponit ex *l 23. d ſeru. ruſt.* ſi via eam latitudinem non habeat, qua vehiculum ire poſſit, iter futurum non viã & male emendare Hottom. *iter erit aut actus non via* Equidem emendatio illa neceſſaria non eſt, vel quia actus plenus etiam in ſe habet ius vehiculi agẽdi. vel quia poteſt intelligi ea loci anguſtia, vt nec iumentum ire poſſit, quod ipſum implicite videtur ſignificaſſe ICtus, quod vbi vehiculũ duci nequit, nec iumentum commode agi poſſe videatur. Attamen negari non poteſt quod cõmodior ſit Hottom. lectio: ſiquidem non ſatis accurate opponuntur via & iter, inter quæ actus eſt intermedius, & in quo aliquando tantum ius agendi iumentum ineſſe, oſtendit *l. 13 h. tit.* eoque recte dicetur, ſi ea latitudo non ſit, vt vehiculum duci queat, aliquando actum futurum eſſe: vt vel ideo non ſit admittenda ſimpliciter propoſitio Ti iter eſſe futurum.

THESIS. V.

LIT. A.

Vt aquam quærere.] Contrariæ inter ſe videntur *l. 10 ſerv ruſt & l. vlt ſi ſerv. vind.* in quarum vtraque cum ſententia Labeonis proponatur, oportet aut illum ſibi fuiſſe contrarium, quomodo Gloſſ. *in d. l. 10* eum variaſſe exiſtimat, aut ſententiam eius *in d l vlt. ſi ſerv. vend.* à Paul. non recte aut minus candide acceptam & explicatam

eſſe:

Digitized by Google

eſſe: & ſolet alias in Labeonē iniquior eſſe Paul. nec male Accurſ. *in d. l. vlt.* non recte à Paul. Labeon. reprehendi affirmat: neque difficilis eſt illorum locorum compoſitio, quod aliud ſit ſeruitus aquæ ductus, aliud ipſum iter, per quod aqua ducenda ſit, quod quidem aqua nondū inuenta ideo conſtitui nequit, quoniam per quam partem fundi ducenda ſit nondum conſtare poteſt: de cuiuſmodi itinere aquæ recte accipitur *d. l. vlt.* cum Govean. 1 variar. 18. cuius opinionem cauillatur Hottoman.

Sic ex caſtello.] Pertinet ad explicationem *l. 2. Comm. præd.* quæ ſane ſatis obſcura eſt: & neſcio, quid ibi Accur. Caſtr. & alij Dd. comminiſcantur. Probabilior eſt explicatio Hottom. 1 *amic. reſp.* 15. quamuis ſane ICtus ibi de tuendo eo qui id acquiſiuit in ipſo iure hauriendi, non in iure ducendi, non obſcure loqui videatur.

LIT. B.

Aquæhauſtus.] Obijcitur huic ſententiæ *l. Mela. 14. § vlt. d. aliment. leg.* vbi vocatur ſeruitus perſonæ. Reſpondeti poteſt, appellari ita ex accidenti, quod perſonæ ius illud relictū eſt, maxime ſi perſona illa prædium non habeat: quod & aliis ſeruituribus accidit *l 4. d ſeruitut. ruſt.* iuxta notat. diſputat. præced. theſ. 1 eaque videtur ſententia Bart. *in d. l. 14. §. vlt.* Et tamen verius eſt locum illum corruptum, aliterq; diſtinguendum & emendādum, & omnino ita legendum eſſe: *nam & hauſtus aquæ, vt pecoris ad aquam appulſus, eſt ſeruitus, perſona tamen eius, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur:* hoc ſenſu, tale ius, quod natura ſua reale, perſonæ conſtitui poſſe, maxime ſi ex eo genere ſit, cuius eſt aquæ hauſtus: idque præcedentia ſuadent, in quibus ICtus de aqua perſonæ relicta proponit, & obiectioni tacitæ, quod iura eiuſmodi vicinis prædiis eorumque poſſeſſoribus relinqui ſoleant, occurrit, & per inſtantiam reſpondet, exemplo ſimilium iurium, perpetuum hoc non eſſe oſtēdens, vel certe tum demum verum eſſe, vbi tanquā realia, non vt perſonalia iura cōſtituuntur.

LIT. C.

Quæſtio hic tractatur, an ius in alieno ſpatiādi vel cœnandi conſtitutum, ſeruitus habenda ſit, an vero tanquam ſimplex ius perſonale cenſendum. Quæ controuerſia inter antiquos olim agitata fuit: *& Cyn poſt Petr. in rubr. C. d. vſufr.* ſeruitutē perſonaliter eſſe aſſerit: ſed diuerſum probant *Gloſſ Bart & Caſtr & Florian in l. 8. h tit. & idem. Bart in l. 14. §. vlt. d aliment. legat,* vbi hāc ſententiam ait eſſe communem, Ratio tamē eorum, quod nihil deminuatur de fructibus, con- 3 cludere, mihi nō videtur. & ideo magis ſequor Cyn. quod ſit ſeruitus perſonalis, quippe libertatē prædij minuens, quæ adeo, in quo conſiſtit huius quæſtionis effectus, actione in rē cōfeſſoria, cōtra quemcunque turbantem aſſeri poſſit.

THESIS VI.

LIT. A.

De vaſallo fructuario iam actū eſt diſput. præced. theſ. 10. lit. D. Sed illud non animadverto, qua ratione defendi poſſe exiſtimet, ius illud, quod vaſallo & emphyteutæ concedit, non habere ſuperficiarium: ſiquidem ratio differentiæ non apparet, cum etiam ſuperficiarius vſumfructum conſtituere *l 1 in fi princ quibus modis vſuſfruct. am* nouum opus nuntiare *l. 3. §. 3 d nov. oper. nun.* & rem vindicare poſſint *l. 1. d. ſuperfic.* Neque obſtat, quod hic non videatur habere ius in ſolo, cui inhærere dicuntur ſeruitutes, quoniam illud eo reſpectu dicitur, vt eum non eſſe dominum intelligamus: quin & quædā ſeruitutes in ſuperficie conſiſtere dicuntur *l. 20. in pr. d. ſeru. urb.* eodemque modo explicandū eſt, quod ſuperficies dicitur ſeruitus *l. 86. §. vlt d. legat.* 1 Et tamen iſti omnes nō vere imponunt aut patiuntur imponi ſeruitutem, quia ius iſtud nō vere afficit prædium cum ſoluto iure iſtorum exſpiret. Neque obſtat *l. vlt C. d reb al. non. al.* vbi prohibitus alienare, nec ſeruitutem imponere poteſt, quia de vera ſeruitute, quæ perpetuo prædium afficit loquitur. Et tamen non intelligendum eſt, quod impoſitio ſeruitutis ſit vera alienatio, ſed quod, quia deterius efficit prædium, ipſa quoque prohibita videatur. Ideoque ſi vaſallus imponat ſeruitutem, prædium feudale ad dominium reuerti negabo.

LIT. B.

Vel ſociis fundi communis]Socius nec pro parte quidem prædio communi ſeruitutem recte imponit (poſſident enim pro parte indiuiſa) *l. 2. h. tit l. 34. & l certo. § 1 d ſeruitut. ruſt. l. 28. infr. com. diuid.* & in re communi potior eſt conditio prohibentis. Benigne tamen receptum eſt, vt ipſe ſocius qui ceſſit ius ſeruitutis prohibere nō poſſit *l. 11. inf d ſeru ruſt* ita vt nō tā fundus quā perſona ius illud debere cēſeatur Et omnino vt ſeruitus vtiliter conſtituatur, neceſſe eſt vt omnes ſocii ius illud cedant, & quidē ex ſtricta ratione ſimul: ſed & hic benigne receptū eſt, vt pluribus dominis etiam pariter non cedentibus ſeruitus recte impoſita habeatur, iuxta *l. ult comm. præd. d. l. 11. in pr. d. ſeru. ruſt.* ita vt ceſſione nouiſſima

priores confirmentur dd.ll.arg. *l.6. §. com.præd.* & perinde habeatur, ac ſi tum demum omnes ceſſiſſent, vt eleganter ait Pauli *in d.l.vlt.comm. præd.* Ideoque ſi poſt ceſſionem a ſe factam, qui eam fecit, antequam alter ſocius cedat, moriatur, aut partem ſuam alienet, poſteriori ceſſione nihil agerur *d.l vlt. in princ.* quoniam hic propter defectum primi.cedentis. locum non habet fictio, vt cũ poſteriori omnes ſimul ceſſiſſe credantur, & vt Bart. *in d.l vlt. n.2.* quando factũ vno tempore fingitur, factum alio, requiruntur extrema habilia, vt eo tempore quo fingitur fieri poſſit. Huic conſequenter his verbis infert Paulus, *igitur rurſus hic actus pendebit, donec nouus ſocius cedat.* Quod omnino patet, accipiendum de actu poſterius cedentis, qui interim in ſuſpenſo erit, (prioris enim nullus eſt) donec per ceſſionem noui ſocii, qui in locum prioris deficientis ſucceſſit, confirmetur. Ideoque male verba illa de actu primi cedentis accipit *Hotom.7. obſeru.* 2. vbi alias bene illam legem explicat; vide etiã Ant.Fab. *19 coniect.* 18. Ioh Super. *in l.2.h.t.num.* 8.

THESIS VII.

Lit. A.

Pacto & ſtipulatione.] Siue pacti verbum in genere, ſiue in ſpecie accipiat, non ſatis recte hæc verba ſe habent: quod aut mala oppoſitio, aut manca enumeratio, aut ſuperflua in allegatis precarii & emptionis adiectio videatur.

Item precario.] Minus vere & proprie dici videtur, quod precario cõſtituatur ſeruitus, quia cum ſeruitus ne quidẽ ad tempus conſtitui poſſit, multo minus ita, vt ad nutũ cõcedentis reuocetur, poterit cõſtitui & *in l 3. de precar.* ius magis perſonale conſtitutũ videbitur, cũ etiã alias quælibet ſeruitus realis quaſi perſonalis effici poſſit *l.24.§.vlt.d.aliment legat. l 4.d. ſeruit. ruſt.*

Sub conditione tamen &c.] Intricatum ſatis hoc eſt, quomodo ſub conditione vel ex tempore ſeruitutes conſtitui non poſſint, & tamen ita recte promittantur, vt ait Tr. eod. loco. Vbi notandum initio, quod ſibi contradicat Tr. aut per homonymiam male & confuſim verbo *conſtitui* vtatur & abutatur: ſiquidem in ea ipſa conuentione conſtitui ait ſeruitutes: & vtique cum ſub conditione promittuntur, itidem cõuentio eſt, quæ exiſtente conditione purificatur: vt pure debeatur atque ita ſiquidem etiam conuentione conſtitui dicuntur ſeruitutes, neceſſario ſequeretur quod etiam ſtipulatione conditionali conſtitui poſſint: illa etiam cauillatio fuerit, ſi dicas pendente conditione non conſtitutas, ſed demum ea exiſtente, & cum priorem aſſertionẽ ex *l 4.d ſeru* proponat, nemo ibi dixerit in verbis ludere ICtum, & ita negare ſub conditione conſtitui, vt caſum pendentis conditionis intelligat. Porro vt de re ipſa agamus contra ſententiam Treut. *d.l.4* non de conſtitutione proprie ſumpta, ſed de promiſſione eſſe accipiendã, inde euinci videtur, quod vtique ſub conditione, de quo etiam caſu ibi agitur ſeruitutem imponi ratio non patiatur, & tamen abſurdum fuerit non admittere huiuſmodi promiſſionem vt exiſtente conditione, actione perſonali ad ſeruitutem agi liceat, cum multis locis traditum ſit, ædificio nondum conſtituto ſeruitutẽ acquiri poſſe: qui nodus varias explicationes peperit Accurſio, ex quibus priores duæ omnino abſurdæ, & *in d. l.4. à Bart & Bl* improbatæ, qui cum Gloſſa in id deſcendunt, vt intelligant *d.l.4.* de conditione extinctiua. qua ſc. ſeruitus impoſita finiatur. Sed bene aduertit Zaſ *ſing reſp* 30. hoc ipſum nihil aliud eſſe quam ſeruitutem conſtitutam vſq; ad conditionem, cum tamen ibi ICtus duos caſus & duo diuerſa membra, ſub conditione & ad conditionem proponit; neque enim dicere poſſis, re ipſa vnum & idem ICtum intellexiſſe: nec etiam quod Bart. diſtinguit inter conditionem, quæ habeat cauſam momentaneã & ſucceſſiuã, v.c. donec volam, ad quam verba ICti, *ad conditionem*, ſint reſtringenda. Vtique quoties aliquid ſub conditione fieri dicitur, non reſolutiua, ſed ſuſpenſiua conditio in dubio intelligitur: nec probandum quod Ioh. ſuper. *in l.4.h t.* inter viã, iter, &c. & ſeruitutem diſtinguit: quaſi ICti dũ dicunt ſub die vel cõditione poſſe promitti iter vel viam, ius tamen quoddam perſonale intelligant. Videtur hæc res in ſubtilitate quadam poſita eſſe, vt ſc. valeat, ſi dicam promitto me tibi conſtituturum ſeruitutẽ. ſi nauis ex Aſia veniat: ſed non valeat, ſi dicam. conſtituo iam tibi ſeruitutẽ & ius eundi tibi concedo, ſi nauis ex Aſia venit, quia cũ patientia quæ loco traditionis eſt actus ſucceſſiuos requirat, conceſſio conditione ſuſpenſa inutilis erit: quæ etiam videtur ſententia Zaſii d loco, à quo ſi diſſentit Tr. & allegat illum ſane pro diſſ. qui ſentiat non intelligo.

Lit. B.

Sed & teſtamento.] Pactiones quibus cõſtituatur ſeruitus, ita opponi & teſtamẽto, eum heres damnatur præſtare ſeruitutẽ. Non recte: ſiquidẽ etiam per modũ vindicationis legatis ſeruitus poteſt, quod vel probari poteſt ſolo textu *in l 19. §. 1. quemad. ſerv. am.* vbi ignorans ſeruitutem

ſibi

Digitized by Google

ſibi relictam non vtendo eam amittit. Neque quod *in vlt.* *inſtit.ſeru pred.* damnationis mentio ſit, inde aliter legari ſeruitutem non poſſe conſequitur. Hactenus quidem recte conferuntur pactiones, cum legato damnationis, quod vtrobique ex ratione iuris antiqui tantum actio perſonalis competit: verum agetur de modis quibus teſtamento ſeruitus, principalis non erat omittendus, cum præſertim hodie pro quouis legato vindicatio detur, *l.1.C.commun.d.legat.*

Electio erit illius] Si ſeruitus ſiue certa ſubiecti determinatio conſtituta ſit, eius electionem fore ait, conſtituta eſt ex *l 9 h.t* Sed quia repugnat *l.26. de ſeruit.ruſt.* temperandũ aliquo modo hoc videtur. Et quidem diſtinctio, inter ſeruitutem ex conuentione & vltima voluntate conſtitutã, & ratione deſtinata eſt, & ICtus *in d l.8.h.t. verbis cedi & relinqui*, vtrumque modum conſtituendi ſignificaſſe videtur. Probabilius *d. l. 26.* de legato damnationis accipitur *arg.§ vlt. I. d. ſe pred.* quæ in effectu eſt ſententia Bl ibid. vbi intereſſe ait an verba executiua ſint directa ad hæredem an ad legatarium, quod ſequitur Florian. *ibid.* & Cepol, *d. ſeru c. 23. numer. 5.* eſt enim communis ſententia Dd. quo ad effectum cuius ſit electio: hodieque intereſſe, an verba ad heredem, an ad legatarium ſint directa, de quo infra *p. 2. diſp.13 th.5.* Poſſit etiam dici diuerſo reſpectu vtriuſque eſſe electionem, ex mente Accurſij *in d. l 26.* nimirum legatarij primo, qui ſi ceſſat & indefinite per quamcunque partem fundi ſeruiture vti velit redire electionem ad heredem, vt locum certum deſignet: quod videtur ſequi Coraſ. *in d. l.9. h.tit.* quomodo & ex aduerſo heredis poteſt dici electio, quæ illo incommodum locum deſignante, legatario conceditur: quo videtur reſpexiſſe ICtus *in d l.26 d.ſeru. ruſt.* Illis verbis, *ſi nulla legatarij captio ſit.* Et hoc ſimplicius proponit Forcatulus *in l.9 h t num 2. & 3.* ſimpliciter neutrius fore electionem, ſed ſi non conueniunt, ad arbitrum eundem, qui in definiendo loco potius ſequuturus ſit ſententiam debitoris, citra tamen captionem & incõmodum creditoris, ſiquidem totus fundus ſeruire intelligatur *l ſi mihi eum l.ſeq. d ſeruit. ruſt* idque in effectu ſenſit Iohan. Superior *d l.9 h t. n. 4.* vbi ait de duobus quæri, quod de neutro eorum commode dici poſſit, nec alterutri abſolute permittatur, ſiquidem decidendæ huic controuerſiæ arbiter ſumatur *l.13. §.1 de ſeru.ruſt.* qui ſcilicet definiat, cuius determinationi potius ſit locus faciẽdus. Eoq; deſcendit Charõd. *l. veriſim. 5 in pr.* vbi vtrumque coniungit, & effectu nihi intereſſe ait, vtrum legatarij an heredis electio eſſe dicatur. Quæ ſane bene probabiliter dicta male improbare videtur Tr. dum Iohann. Super. pro diſſ. allegat. Et poteſt ead. hæc ſententia ex verbis Don. colligi, quibus ait, electionem eſſe legatarij, ſi qua alias eius captio ſit, & viciſſim eſſe heredis ſi nulla in eo captio legatarij ſit: licet ſtatim ab hoc deflectere, & aliter id explicare videatur, diſtinguendo inter partes, quæ intelliguntur ſeruituti vel obligatæ vel exceptæ: quod in illis ſit electio legatarij, in his heredis, ſi in his ſeruitutem conſtituere velit. Quæ explicatio omnino improbabilis videtur: quoniã hæc quæſtio, nõ de partibus exceptis, veluti vicinis, arbuſtis, ædificijs, &c. ſed alijs diſputari intelligenda eſt: & in exceptis præcipue aut legatarij aut heredis captio vel damnum verſari videtur: & ipſe contextus *l.26. de ſeru. ruſt.* reſtringi ſe ad parte ſeiuſmodi exceptas non patitur. Verum de iſta quæſtione plus facit.

Si quis binas.] Intelligetur poſſit ædes altius tollere quarum nudam habet proprietatem permittente fructuario *l.7.§.1. in fin. d. vſufruct* ex quo fundamentum Cuiacij, quoad emendandũ textum, mouetur, deſtruitur. Neque temere mutandi ſunt textus, & in caſu, quem vulgata proponit lectio æque militat dubitandi ratio à Marcello, ſubiecta, & differentia propoſita inter lumen & inter ſiue acceſſum.

THESIS VIII.

LIT. A.

Num vſucapio quoque.] Dubitatum ait, vtrum vſucapio referenda ſit inter modos acquirendæ ſeruitutis. Vbi 1. hoc notandum, non recte hoc coniungi cum th. præc. in qua actum eſt de ea ratione acquirendi, ex qua tantum naſcitur actio perſonalis. Videlicet conuentione & legato damnationis vſucapio autem non poteſt eſſe niſi modus realiter conſtituendi ſeruitutem, ita vt protinus actioni confeſſoriæ ſit locus. Cæterum quod ipſam quæſtionem attinet quæ tractatur lit. B. eius ſedes propria eſt *infra p. 2 diſp. 22.* pauca ſaltem attingemus. Ait Trent. ſeruitutum ruſticarum vſucapionem non primum à Iuſtin eſſe introductam. Et ergo hactenus inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas differentia conſtituenda erit, vt hæ etiam olim vſucapi potuerint, non autem illæ *arg. 4 §. vlt. de vſucap.* Quæ ſi recta oppoſitio eſt, dicendum foret ruſticas olim vete, & eo modo, quo libertas *in d. §. vlt.* vſucapi dicitur, vſucaptas fuiſſe. Quod tamen verum

Digitized by Google

non eſt *l.14.h.t.* & ipſi Treut.contrarium, quæ tantum quaſi vſucapionem admittit & omnino differentia hac in re inter ſeruitutes ruſticas & vrbanas conſtituenda non eſt, ſed ita ſcilicet ius fuit, vt omnes etiam vrbanæ longa quaſi poſſeſſione acquirerentur: & quod *in d.l. 4.§.vlt.* de ſublata vrbanarum ſeruitutum vſucapione dicitur (quo loco deceptus fuit Tr.) ad vſucapionem proprie dictam, anni vel biennij pertinere intelligendum eſt, cui alias propter continuam in hoc ſeruitutum genere poſſeſſionem locus eſſe videbatur, *arg.l.14.h.t.* Cæterum Cuiacio quem pro diſſ. allegat, iniuriam facere aut non recte eum accepiſſe videtur: quippe quod ille de vſucapione veteri loquitur, longa autem quaſi poſſeſſione ſicut prædia prouincialia, acquiri poſſe, diſerte concedit: quam ſane acquiſitionem quaſi vſucapionem dici poſſe, nunquam negauerit Cuiacius: quomodo etiam Duarenus 1.diſput.34.longo vſu ſeruitutes capi affirmat; & Donell.11. *comment.*11. acquiſitionẽ iſtam vſucapionem eſſe negat, poſſe tamen nos hoc verbo hactenus vti ait, quod ita conſtituta ſeruitute vtilis actio comperat: quæ ipſa cum Cuiacij ſit ſententia, male hi autores, vt diſſ. allegantur: & id ipſum eſt quod Gouean. ait 1.variar.15.ſeruitutes longo tempore capi poſſe, vſu capi non poſſe quod fruſtra & male carpit. Horto.8.*obſeru.*10. Sed obijcitur huic ſententiæ *l.10. §.3 de vſucap.* vbi dicitur ſeruitutes longo tempore capi non poſſe, vix enim hoc ad vſucapionem referri poſſis & diſtinctio inter, tempore capere, & longo quaſi vſucapere, cauillatoria videtur: & illud Cuiac *in l 4 de vſuc.* vt pro verbo, *vſucapi longo tempore capi.* ſubſtitutum dicamus a Tribon. & diuinatorium & improbabile eſt, cum & iure veteri ſeruitutes longo tempore acquiri, & poſt conſtitutionem Iuſtin. vſucapi poruerint Probabilius ita locus ille explicare poteſt, vt vel longum tempus ibi ſignificet tempus veteri vſucapione præſcriptum, vel potius ſignificet non acquiri hoc modo ipſo iure, cum nec vlla hic ſit poſſeſſio, ſed tantum ita vt tuitione prætoris & accommodata actione vtili ius acquiſitum defendatur. Poſſit etiam exiſtimari, ſi initium vſus illius fiat contra non dominum, non præiudicaturum domino poſtea fundum euincenti, quod ſcilic. per ſeruitutis conſtitutionem, ius quoddam reale prædio imprimatur: & cum patientia eius contra quem præſcribitur ſeruitus, opus ſit, patientia vel ſcientia v.c. bonæ fidei poſſeſſoris, domino vero non

videtur poſſe præiudicare. Non obſtat his *l.3.§. ductus, d aqua quotid ex qua* Hortom.8.*obſeru.* 10. & Weſemb. *in paratit. hic num. 5.* immemoriale tempus requirunt: vel quia ibi ſpeciale eſt in aqua vſui publico deſtinata vt notat Coraſ *in l.14. h.t.num.21.arg.l.1.§.permittitur, d. aqua quotid. l. quo minus d flumen.* vel quia quod ibi tanti temporis mentio fit, inde ſemper eo tempore opus eſſe, non conſequitur: & tanti temporis ſpatium proculdubio tribuit ius efficacius, & directam quoque actionem: quæ etiam reſponſio eſt ad *l.1.§.vltim §. aquapluu. arcen l.* vbi vetuſtas requiritur: de quo etiam bene Iohan. Super *in l.14.h.t.in prin.n.*8. Non obſtat denique *d l.14.h.t.* in qua de acquiſitione quæ fit mero iure & proprie dicta tractatur Videtur plane ex illo loco communis Dd. diſtinctio, à Tr. hic reiecta, inter ſeruitutes continuas & diſcontinuas confirmari, quas tantum immemoriali tempore præſcribi putant Myſn.4.*obſer.*13. Caſtr. *in l.10 ſi ſeruit. vind.* Cyn *in l.1.C.de ſeruit n 6. & in l. 2. C. eod.tit.n 6 poſt* Gloſſ. *ibid plenius in l.14.C. eod.* Verum quia textus iuris noſtri generaliter & indiſtincte longa quaſi poſſeſſione ſeruitutes acquiri docent, *l.10.ſi ſeruit vlt. inſ.C de præſcr.long. temp.* malim rationem ICti *in d l.14.* quod nemo contineter ire agere poſſit, ita accipere, vt Paul. ad ſententiam quæ vſucapionem proprio ſumptam breuis ſpatij non admittebat, confirmandã, ea vſus eſſe intelligatur: ſiquidem ea ratio ceſſans in ſeruitutibus vrbanis effecit, vt ad inhibendam vſucapionem proprie dictam. Lege Scribonia fuerit opus: cæterum in præſcriptione & acquiſitione per longum tempus, eiuſmodi continuatione, ſiue continua quaſi poſſeſſione opus non fuiſſe ſufficiente, continua cauſa de qua *in l foramen d. ſeru. ruſt.* vt proinde non probandi videantur, quod *d l.14.* non de poſſeſſione, ſed exercitio eius accipiunt: etenim ipſa poſſeſſio rerum incorporalium eſt in vſu: & ea reſponſione admiſſa non concluderet ratio ICti, ſiquidem continua poſſeſsio adſtrui poſſet: Sed & ita æque opus fuiſſet lege aliqua quæ inhibuerit vſucapionem ſeruitutum ruſticarum, ſi eadem vtrimque hic fuiſſet ratio: quamuis alias non abſurde quis dixerit, eum qui actibus aliquot quaſi poſſeſsionẽ ſeruitutis adeptus eſt, eam animo retinere, cũ ius & facultatẽ eam in actũ & vſũ deducẽdi ſẽper habeat Hodie plane poſt transformatã à Iuſt. vſucapionem, recte defendi videtur, vſucapione proprie dicta Iuſt. ſeruituti acquiri, *arg.l.vlt, C.de præſc.lõg tẽp & in l in C.d.*

C.d.uſucap.transform. quod male videtur negare Tr.dum ſimpliciter tãtum quaſi vſucapioni locum facit. Vide de vſucapione ſeruitutum prolixe Longoval.*in repet.l 3 d.iuriſdict.p.4.c.1.*

THESIS IX.

Lit. B.

In vſucapione ſeruitutum ſive acquiſitione per longum tempus.de neceſſitate requirit titulum. Cui ſententiæ diſerte obſtat *l ſi quis 10 ſi ſeruit vendic & l.1.§.1.de aqua pluv* quod videlicet non ſit neceſſum docere de iure, quo quis ſeruitutem nactus ſit, ſed ſufficiat vſum eſſe nõ clam nec vi nec precario. Et alias ſi titulo opus eſſet nunquam poſſit præſcribi ſeruitus vt initium fiat contra dominũ, ſed tamen contra bonæ fidei poſſeſſorem, ſiquidem qui titulum à domino habet: præſcriptione non eget: & tamẽ abſurdum fuerit negare, ſi quis ſciente domino ſeruitute fuerit vſus, præſcriptioni non eſſe locum, cum alias etiam in incorporalib. patientia pro traditione ſit. Et oportet à Duaren.1 diſp. 34. vbi negat in iã citatis textibus de titulo agi, valde negligenter loca illa inſpecta eſſe, ſiquidem ibi ſatis expreſſe tituli habetur mentio, Et eſt hæc quæ titulum non requirit cõmunis Dd. ſententia Gl *in l.2.d.ſeru Cyn.ibid.nu.5 Caſt.in l. 10 ſi ſerv.vind.* licet non probẽ rationem: qua ibi vtitur Cyn. quod ſeruitutes ſint modici præiudicii: neque eam quam ibid ex Petr.refert, quod ipſa prædia ſeruitutẽ acquirere videantur. Nimirum vera ratio eſt, quam ipſe poſtea *n.3 Cyn.* innuit poſt Gloſſ. ibid quod opus ſit ſcientia vel patientia eius contra quem præſcribendum eſt, ſiue ea vera ſit, ſiue præſumpta, vbi videlicet vicinus vicinum nec precario nec clam nec violenter ſeruitute vtentem, non prohibuit, quod vtique factum illud eſſe, vtpote vicinus, nõ niſi craſſe & ſupine potuit ignorare. Et recte Forcat. *in l.14.h.t nu.16.* in ſeruitutibus patientiam aduerſarii, pro titulo, bona fide & traditione eſſe affirmat: qua in re manifeſta differentia eſt inter res corporales & iſtas incorporales: quoniã vt dictum eſt fieri non poteſt, quin aduerſarius per tot annos per fundum ipſius me iuiſſe ſciat: ex qua præſumptione incipit formari ſeruitus, & porro ex decurſu temporis confirmari: ſiquidem ſufficere videtur, vt cum initio cæptæ præſcriptionis ſcientia vel patientia domini cõcurrat: eoque pertinere videtur diſtinctio Petri relata à Cyn *in l 2.C.h t n 7.* inter ſeruitutem formatam & formandam. Neque obſtat. *l.vlt. C.d. long.temp.praſc.* vel quia quod ibi de titulo dicitur, ad res corporales pertinet, à quib. hac in re corporales differre iam oſtenſum eſt, neque neceſſum eſt vt omnia præcedentia verſiculo vltimo applicentur, cum alias quod expreſſe maturũ non eſt ſtare præſumatur, vel potius quoniã ibi nõ in ſpecie tituli, ſed boni initii mentio fit, quale initium etiam præſcriptio ſeruitutum habet, ſi quis non vi non clam nec precario, concurrente ſcientia domini, iure aliquo ceperit vti. Et in vtroque igitur contra Tr ſtatuendum eſt, non requiri titulum, & opus eſſe patientia vel ſcientia domini, quæ vicem tituli ſubeat ex *l 2.* vbi hoc notat Accurſ *C.h t iuncta d.l.10 ſi ſeru. vind.* quoniam vſus ſeruitutis nõ violentus nec clandeſtinus domini ſcientiam vel patientiam arguit. Neq; obſtant verba à Tr. *lis C poſt Longovall in repet l.3.d.iuriſd.p 4. c. 3.* adducta ex *l. vlt. C.d praſcr. long temp. nulla ſcientia vel ignorantia expectanda*, vel quia poſſunt referri ad ſeruitutẽ iam formatã, vel potius ad eas res in quibus acquirendis titulo opus eſt, cuius defectũ patiẽtiã domini ſupplere oportet. Et quoniã igitur vſus iſte patientia loco tituli eſt, crediderim, etiamſi præſcriptio cepta ſit cõtra bonæ fidei poſſeſſorẽ recte ſeruitutẽ acquiri ita vt etiã vero domino præiudicet, cõtra quã putat Coraſ. *in d.l 14.h.t. n.31* Etenim & nihil imputari præſcribenti nec vitiũ præſcriptionis allegari poteſt, & bonæ fidei poſſeſſor ſicut præſcribendo fundũ ipſum, ita etiam patiendo aliũ ire per fundum domino præiudicare poterit, perinde, vt poterit expreſſe cõſtituendo ſeruitutẽ, vt decurſu temporis ea à vicino acquiri poſſit: quod ipſe Coraſ. *cit. loc.* admittere videtur, atquin iam diximus, tãtum operari patientiam illam, quantum titulum, & qui poteſt præiudicare titulum concedendo, etiam poterit patiendo: & proculdubio *d. l. 10. ſi ſerv vind* male ad caſum, quod ſeruitus contra verum dominum præſcribi cœpta eſt, reſtringitur: vide etiam Ant. Fabr. 19 *coniect.*10.

THESIS X.

Lit. A.

Qui aquam per plurium.] Proponitur ſententia *l.23.§ vlt.d ſerv.ruſt.* quod ex aqua ſibi conceſſa alteri citra pactum vel ſtipulationem hauſtus concedi non poſſit. Peccat autem in allegatis, tũ quia diſtinctio Hottom. 8. *obſ.10* ad quæſtionem lit.6.pertinet: & Gothofred. plane diu, an aqua fundũ ingreſſa ſit nec ne, diſtinctio Bart. *eſt in d l.33.* male adeo improbari à Treu. & apud Donel. denique nulla eiuſmodi diſtinctio, ſed *d. l. 33.* ſimplex explicatio. Sententia autem

d.§.vlt.

Digitized by Google

d.l.vlt.l.33 hæc eſt, quod pacto & ſtipulatione effici poſſit, licet nulum prædium, &c. In quo primo errat Ant Fab. *5. coniect.* 11. putans pacto in continenti adiecto, etiã mero iure hoc defendi; ſiquidẽ pactũ illud efficere non poteſt, vt ad prædium ipſum ſibi ſeruire, aut ſeruitus ſeruitutis conſtitui poſſit. Quæ duplex ICti ratio recte ab Accurſio & Caſtr. *in d. l. 33.* ita accepta eſt, vt prior ad caſum, quo aqua domino prædij per ꝙ aqua ducitur, altera ad caſum, quo tertio vicino conceditur, referatur. In quo ſecundus error eſt Ant. Fabr. qui etiam caſu poſteriori futurum ait, vt prædium ipſum ſibi ſeruiret: manifeſto errore, quod poſitis duobus diuerſis prædijs, vt ipſum ſibi ſeruiat, fieri non poteſt Tertius & grauior Ant. Fab. error eſt, quod deleta voce, *fructus*, omnino vult ſubſtitui ſeruitus: ꝙ rectiſsime Tr ait neceſſum non eſſe: ſiquidem quod & Gloſſ. & Paul. Caſtr. aduertit fructu ſeruitutis conſtituto, ſeruitus conſtituta intelligitur, quod docet *l. 1. princ. de vſufr. legat.* etenim fructum ſeruitutis eſſe hoc ſignificat, alteri alicui in ſeruitute concedi vſum. In quo quarto labitur Anton. Fabr. qui vſum & fructum ſeruitutis reſpectu ipſius, cui ea debetur, omnino vitioſe conſiderat, cum dubium non ſit hoc intuitu vſum ſeruitutis eſſe, cum etiam nulla ſeruitus, niſi quæ vtilis ſit, conſtitui queat.

LIT. B.

Niſi quæ prædij vtilis eſt.] Obijcitur *l.19.h.t* '*in qua Hottom* non vtraque verba, vt Tr. ait, expungit, ſed pro, *debere*, legit deberi. Ad eam autem l. triplex reſponſio eſt, 1 ſufficere quod ſeruitus natura ſua talis ſit, quæ vtilitatem prædio afferri queat, licet huic prædio nunquam fortaſſis vtilis ſit, quæ videtur ſententia Gouean *1. variar.15.* & fortaſsis etiam Coraſ. *ad rubr. h.t.* aliter tamen accepta à Coſtal. *in l 15. h.t.2.* intelligere ICtum, *in d. l.19.* ſeruitutem quæ iam quidẽ vtilis nõ ſit, ſed poſtea ſit futura, quę explicatio eſt Accurſij 3. agi ibi de ſeruitute promittenda, quæ vbi vtilis futura ſit actu imponatur, ſicut & conſtitui poteſt, vt aqua quæratur, & inuenta ducatur: quæ ſententia eſt Hottoman 8. *obſeruat.* 11. qui tamen hanc cum priori explicatione confundit, & tanquam vnam eandemque proponit

THESIS XI.

LIT. B.

Vnica hac th. tractatur quæſtio, de nunciatione noui operis: & Tr. quidẽ huic indiſtincte propter omnes ſeruitutes locũ facit ex *l. vn. § 3. d. remiſſ.* & alijs quibus probatur ob ius prædij nũciari poſſe nouum opus: facit *l 9. d. nou. oper. nunt.* vbi à iure vindicandi ſeruitutes fit illatio ad ius nuntiandi: quæ etiam opinio eſt Forc. *dial.* 112. *Bronch cen. 1 aſſert.* 59. Communiter diſtinguunt inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas ex *l.14. d nou. oper. nunt.* quam ſentẽtiam videntur ſequi Duar. *2. diſp.* 17 Donell. *15. comm.* 45. Zaſ *1. ſing. reſpon.* 9. qui omnes in reddenda diuerſitatis ratione laborant. Alij hanc afferunt, quod in ruſticis facilius per locum æque commodum ſeruitus conſtitui poſsit: alij quod vrbanam ſeruitutem habenti celeri remedio ſit ſuccurrẽdum ne poſtea demolitione ſtructuræ vrbs deformetur. Sunt porro qui inter ſeruitutes continuas & diſcontinuas diſtinguunt: Alciat. *3 parer.* 24. alij inter ſeruitutes quæ in non faciendo & patiendo conſiſtunt Hottom. *2. amicab. reſp.* 17. Propius à vero abeſſe mihi videtur ſententia Cuiac. *1. obſ.* 17. Reuat. *2. var* 2. à qua non multum abit Vant. *1. queſt.* 53. quod illarum demũ ſeruitutum nomine nouum opus nuntiare liceat contra quas directo fit per ædificationem, & quarum conceſsione, & conſtitutione implicatur interdictio ædificandi: Nimirum, vt hoc paulo explicatius dicamus. duobus modis inhibetur nouum opus, directo per nuntiationem, & in conſequentiam per ſeruitutis vindicationem: adeoque quod cõtra quaſdam ſeruitutes directo, quaſdam in conſequentiam tendat ædificatio, pro diuerſitate vel nuntiatione vel ſeruitutis vindicatione eſt vtendum. Neque obſtat l. *1. de remiſſion.* quoniam ea propoſitione verificatur, ſi pro quibuſdam ſeruitutibus competat nuntiatio neque neceſſum eſt eandem ſimpliciter dominij & ſeruitutibus eſſe rationem: qua reſpõſione cæteri quoque textus expediũtur, quibus propter ius prædij nuntiatio conceditur. Non obſtat *l. 9. d. nou. oper. nunt. & d. l. vn. § 4. d. remiſſ.* quoniam à iure vindicandi ſeruitutem ad ius nuntiandi recta conſequutio eſt reſpectu perſonæ, vt quicunque ius vindicandi habet, etiam nuntiare poſsit: ſed nimirum ponendi ſunt termini habiles, & talis ſeruitus, pro qua nuntiari poſsit nouum opus: etenim hoc minime ſequitur, vt quamcunque ſeruitutem vindicare licet, eius nomine etiam nouum opus nuntiare permiſſum ſit. Ex his verius eſſe puto citra diſtinctionem intra vicinum dominum prædij & extraneum, qua videtur vti Acc. *in l.14. d. nou. oper. nunt.* pro conditione ſeruitutum iam memorata diſtincte nouum opus nuntiari poſſe, aut non poſſe, licet eam Acc. diſtin-

Digitized by Google

ſtinctionem male probet An. Fab. 19. *coniect.* 5. nã & ratio ante allegata generalis eſt, & difficile eſt, vt *l. 14. d. nou. op. nunt.* ad eum caſum quo dominus ipſe in via ædificat, reſtringatur.

THESIS XII.

Quod proponitur lit. A loci corpus in quo debetur ſeruitus, iure dominij ad eum cui debetur non pertinere, vix etiam rationẽ dubitandi habet, quod alias ipſum ſibi ſeruiret prædium: cæterum dominium ſeruitutis dici ſiue iuris cuius etiam vindicationis habet, concesſerim non inuitus, licet vix ita iure noſtro appelletur: de quo, an rerum incorporalium ſit dominium, agitur infra *p. 2. diſp. 20. th. 1.* LIT. B.

Nullas pignori dari poteſt.] Quæſtionis huius ſedes propria eſt *part. 2. diſp. 1.* ſtrictim hic eam attingemus. Occurrit initio diſtinctio inter ſeruitutes conſtitutas & conſtituendas, præter alias tradita a Bart. *in l. 10. & 11. de pign.* ſiue vt eodem ſenſu ibid. loquitur Bald. inter ſeruitutes formales & cauſales: vt hæ pignorari dicantur, cum dominus prædij ſeruientis eas ab initio pignoris cauſa conſtituit: illæ vero, cum iam formaliter exiſtentes a domino prædij dominantis pignoris cauſa obligantur. Priori modo pignorationi locum eſſe omnes admittunt, eaq; in re ruſticas ab vrbanis differre communis opinio eſt, de qua etiam Iaſon. *in §. item Seruiana. Inſt. d. action. n. 117.* vel qua pignoratio vrbanarum præberet ruinis cauſã; quæ ratio eſt Gl. & vulgo Dd. vel potius (quoniã hæc ratio minime generalis eſt, & precario quoq; ſeruitutẽ conſtitui poſſe conſtat, vnde hæc ratio a Iaſ. *d. loc.* improbatur) quod cum ad naturam cuiuſque pignoris pertineat vendi & diſtrahi poſſe vrbanarum ſeruitutum ea qualitas & conditio eſt, vt non niſi ei, cui ab initio conſtitutæ ſunt, vtiles eſſe queant. Sed tamen videamus, annon etiam ſeruitutes formales, & iam conſtitutæ pignori obligari poſsint, quorum eadem ſcil. natura eſt, vt tertio quoque vtiles eſſe poſsint: quod cum præcipue admittant ruſticæ, inde factum eſt, vt hic quoq; inter ruſticas & vrbanas ſeruitutes quidam diſtinxerint. Probatur hæc ſententia ex *l. 11. §. 3. d. pignor.* vbi ICtus reſpondet de iuribus prædiorũ, quomodo ſeruitutes conſtituendæ non recte appellantur, & argumentum non leue præbet, quod ſeruitutes vrbanæ hac in re vſufructui opponuntur: & tamen *in §. 2. vſumfr.* formalem, iam conſtitutum pignorari poſſe ibi reſponſum eſt: & optime confirmatur hæc ſententia ex *l. 8. §. 5. d. precar.* quæ ſcil. manifeſto probat, quod etiam ſeruitutis iam conſtitutæ vſus alteri concedi poſsit, adeoque ad argumenta contraria confutanda plurimum facit. Sed objicitur 1. quod accidens non poſsit migrare de ſubiecto in ſubiectum. Reſp. axiomata eiuſmodi non recte ad iuris prudentiam transferri: ſed & ſeruitutum principale & propriũ ſubiectum eſt fundus ſeruiens qui pignorata ſeruitute idem manet, mutato dominante. Quin non tam ipſa ſeruitus, quam ius ea vtendi, in quo poſſeſsio rerum incorporalium eſt, pignori datum intelligitur, quod pecunia ſoluta redit ad debitorem, quæ etiam vſusfr. pignorati ratio eſt. Et tamen hoc incommodum etiam locum habet, ſi pignoris cauſa conſtitutam ſeruitutem proponas, vbi non ſoluta pecunia de ſeruitute vendenda tractatur. Accedit quod illa pignoratio non ſummo iure, ſed magis ex æquitate propter vtilitatem contrahentium ſuſtinetur *l. 12. d. pign.* 2. objicitur, ꝙ ita futurum ſit vt inferatur iniqua conditio domino fundi ſeruientis alio in locum eius cui ſeruitus debebatur ſubſtituto. Reſp. ſeruitutem nõ cohærere perſonæ ſed ſequi fundum, quem alienandi, & ita ſimul efficiendi vt alius ſeruitute vtatur, cum quiuis habeat facultatem, neq; abſurdum videri debet, ſi pignorando alium ſubſtituere poſsit: & habet omnis ſeruitus limites ſuos, quos excedere nulli ſucceſſorũ licet. Et ſi, vt paulo ante dictum, ob moram debitoris ius vendi debeat iuxta *l. 12. de pign.* idem incommodum occurrit, ſi ſeruitus pignoris cauſa ab initio fuerit conſtituta. 3. objicitur quod non liceat vti ſeruitute niſi ad cõmoditatem fundi dominãtis, vt proinde creditori huiuſq; fundo prodeſſe nõ poſſe videatur, quæ ratio mouetur à Bart. & Sal. *in l. 11. & 12. de pign.* Reſp. Quod ſubrogatum ſapiat naturam eius, in cuius locum ſubrogatur & quod interim fundus creditoris in locum alteri' fundi ita ſuccedat, vt creditor ad fundi ſui vtilitatem ſeruitute pignorata vtatur: cui accedit, quod prædictam pignorationem hanc ſeruitutis non ſummo iure ſed vtilitatis cauſa defendi, eſſeque hunc extraordinarium quendam ſeruitutis vſum: cum præſertim ſeruitutes tanquam res incorporales in intellectu magis conſiſtant, proptereque nec tradi nec poſsideri videantur: vt proinde quod hic vtilitatis cauſa receptum eſt iuxta *d. l. 12. d. pign.* non ſit trahendum ad conſequentias, præſertim vbi eadem non militat ratio: vnde expediri poteſt, quod ſcriptum eſt *in l. 44. locati*, ſeruitutem locare neminem poſſe: quoniã nulla vtilitas vel neceſsitas hoc ſuadet,

Digitized by Google

& omnis locatio ſemper & expreſsè fit ad tempus: licet textus ille alias de conſtituenda ſeruitute loquatur: & fortaſſis defendi poſſit, conuentionem eiuſmodi vt conſtituta mercede per alterius fundum aliquo tempore eat, licet non iure ſeruitutis, tamen defendi poſſe. 4. denique obijcitur *l. 33. §. vlt. d. ſerui. vſ.* vbi & negatur ſeruitutem conſtitutam ad aliud transferri poſſe, & ratio ſubijcitur, quod non poſſit eſſe fructus ſeruitutis, cum tamen ex vulgata regula iuris, fructus ſit pignori dari licere. Reſponderi poteſt caſum ibi propoſitũ hoc habere ſpeciale, quod de fructu ſeruitutis, penes eum cui conſtituta eſt manentis, alteri conſtituendo, ibi tractatur: & vt maxime quis vrgeat, ſæpius iam diximus, pignorationem iſtam non mero iure, ſed propter vtilitatem contrahentiũ defendi: ex quo etiam reſponderi poteſt ad *l. ex meo 24. ſeru. ruſt.* Cæterum, vt hoc quoque addamus prauo iudicio Tr. hic ſequitur *Dua.* 2. diſp. quo capite autor ille multa peccat. Ait initio quæri de ſeruitutum pignore vel hypotheca. Imo vero de pignore tantum quæritur, ſi creditor interim ſeruitute vtatur, hypothecæ hic locus non eſt: ideoq; nulla eius ratio cõtra pignorationem ſeruitutum, quod hypotheca auocari non poſſit: ſicut & altera, quod ſeruitus à prædio transferri non poſſit, iam ante refutata eſt. Illud vero ſubineptum, quod ex *l. 11. § vlt. d. pign* facile colligi poſſe ait, traditum de vrbanis ſeruitutibus, in omnib. obtinere: quia imo id minime colligi poteſt, cum ICtus diſerte de vrbanis loquatur. Eiuſdem farinæ eſt, quod inde quæri ait *in l. 12.* an quæuis ſeruitutes pignoris cauſa conſtitui poſſint: quippe cum ICtus diſerte tantum de ruſticis loquatur: & omnino improbabile eſt, *vt l. 11. §. vlt. de pign.* accipiatur de ſeruitutibus conſtitutis, ſed *l. 12.* de conſtituendis. Enim vero ipſa textuum coniunctio oſtendit, non diuerſas quæſtiones, ſed de diuerſis ſeruitutibus eãdẽ quæſtionem proponi, cum etiam tantum non iiſdem verbis ICtus vtatur, & quod negatur *in l. 11. §. vlt* de vrbanis, conuenire poſſe vt pignori ſint, totidẽ verbis affirmatur de ruſticis *in l. ſeq.* pignoris valere cõuentionem, vt plane abſurdũ ſit fingere non tantum diuerſas quæſtiones ſed etiam vtramq; facere generalem, cum ICti nominatim de ſpeciebus tractent. Neq; quod diuerſi autores ſunt, diuerſas inde quæſtiones eſſe ſequitur & vt diuerſas faciamus, neq. vlla ratio ſuadet, & cõiunctioni illi liquido repugnat. Deniq; licet *d. l. 12.* accipias de ſeruitutibus pignoris cauſa conſtituendis, falſum tamen eſt, quod Duar. eandem quoad hoc omnium ſeruitutũ rationem eſſe contẽdit: quia diuerſitas, iam ſupra oſtenſa eſt, quod ſeruitutes vrbanæ non niſi vni, & cui ab initio conſtitutæ ſunt, vtilitatẽ afferre poſſunt, de quo etiã Cuiac. 15 *obſ.* 5. ex quo corruit ratio eiuſdem Duar. deſumpta à precario, quoniam hoc ad nutum concedentis reuocatur.

THESIS XIII.

LIT. A.

Ad exemplum] Traditur hoc *in l. 2. §. 1. ſi ſeru. vind.* vbi Caſtr. & alij notant pro ſeruitutibus perſonalibus tanquam dignioribus primo has actiones eſſe introductas: quæ tamen an mens ſit ICti ambigo, qui forte ſignificare voluit ſeruitutum hac in re comparationẽ: & pro omnib. ſeruitutibus ſemel has actiones proditas eſſe probabile eſt.

Quædam actio proprie.] Non puto recte improprie confeſſoriam vel negatoriam dici; quæ re ipſa tales ſunt, non formula verborum: quia imo prout aut ſeruitus vindicatur, aut negatur, & ita libertas aſſeritur, ita actio proprie vel confeſſoria vel negatoria eſt appellanda, inſuper habita conceptione verborum.

LIT. B.

Quæ dupliciter.] Duas differẽtias proponit vindicationis rerum corporalium, & ſeruitutum: quod hæc ſit duplex, illa ſimplex: quod hæc detur poſſidẽti, illa vero ei qui non poſſidet. Prior videtur eſſe inanis, quod duplicitas iſta nihil faciat ad variandam actionis naturam, & alias reſpectu obiecti, etiam vindicationis rerũ corporalium ſpecies dari poſſent. Poſterior autem proprie loquendo vera non videtur: quia cum in ſeruitutibus vſus pro poſſeſſione ſit, & in his actionib. non de fundo, ſed iure ſeruitutis agatur, & qui v. c. ius eundi vel alteri per fundum ſuum eſſe negat, eo ipſo vſum & conſequenter quaſi poſſeſſionem neget & turbet, ſequitur inde eum qui ius illud ſibi competere ait, vere poſſeſſorem iuris non eſſe: vt proinde Iuſt. *in §. æque, Inſt. d. act. in fi.* vbi hanc differentiam quodammodo abſtruit, pinguiori Minerua locus videatur. Cæterum differentia petenda videtur a modo condemnationis, de quo Tr. th. 5. vel potius à formula, quod hic alij ius cõpetere negatur, cuiuſmodi petendi modus in rebus corporalibus locum non habet, vt bene Robert. 1 *recep. leg.* 18. vide alias differentias apud Ant. Fab. 20. *coniect.* 2.

Vide hæc explicantem Vulteium.] Quæritur hic de lectione & ſententia *§. æque in fin. Inſt. de actio.*

Et

Et Tr. quidem tum lectionem vulgatam tuetur, tum in explicatione illius loci quiſnam vnicus ille ſit caſus. Vult. ſequitur, & cum eo totidem locis caſum illum reperiri tradit, quot locis, &c. Verum explicatio hæc vitioſa videtur: quoniã Vult. non tantum plures caſus, ſed etiam ex diuerſis plane materijs adducit: quæ ſane non vnitas eſt, quam §. ille proponit, ſed caſuum multiplicitas, vt recte Ant. Fab. 20. *cõiect. 13.* neq; videri poteſt Iuſt. de eiuſmodi vnitate generica ſenſiſſe, & hac ratione nihil non dici poſſet vnum. Neq. hoc ſatis intelligo, quod Tr. ex Vult. ſcribit tot locis illũ caſum reperiri, quot onus probandi incumbit reo poſſeſſori, qui non vltro ad iudicium prouocarit, ſed conuentus eſt. Etenim incongruum videtur ponere caſum rei ſiue poſſeſſoris vltro ad iudicium prouocantis: & cum Iuſt. aliquod ſingulare de vnico illo caſu proponere videatur, ſingularitas potius in ſpecie poſſeſſoris prouocantis ad iudicium, quam ordinario modo conueniri, quærẽda fuerit. Enim vero ſi *in d. §. æque* recta eſt oppoſitio, & vera exceptio, Iuſtin. non de reo excipiente & probante, ſed de actore proprie dicto accipiẽdus erit: neq; verba Iuſt. *actoris partes obtinet*, captanda, ſed actorem verum ſignificare videntur. Cæterum ꝙ ad ipſam lectionem *d. §. æque in fin.* emendandũ aliquid potius, quam nugas agendas exiſtimo: vel hac vnica ratione, quod qui vnũ caſum excipit, inepte ad diffuſos pandectarum libros remittit, neque euitare poſſit Tribonianus, quin crucem hic fixiſſe dicatur ingenijs, vnius caſus indefinite mentionem faciendo. Et recte Ant. Fab. 20. *coniect. 13 in fi.* Et vero, inquit, quis vnquam ſibi perſuadeat, tam male feriatum fuiſſe Tribonianum, vt ſi de vno tantum caſu ſenſiſſet nos pro eo inquirendo, ad omnes Digeſtorum libros reuoluendos relegaſſet, quem æque paucis verbis ſi non aperte declarare, ſaltem velut digito indicare potuiſſet, qua ratione fere etiã vtitur Baro, & Donel. *in §. æque*, veriſimile infelicem appellat laborem, quo caſus ille tamdiu quæſitus nec inuentus eſt. Eſt autem duplex emendandi ratio 1. Baronis, vt legatur, *ſane in hoc caſu*, vt videlicet ad illud ipſũ ꝙ antea de actione cõfeſſoria & negatoria prodidit, referatur, ꝙ ſequitur Cuiac. *in d. §. æque & ibid.* Hottom. Gou. *variar. lect.* 41. licet illud incommodi ſit, quod ea otioſa ſit futura præcedentium repetitio, 2. vt adiecta negatione legatur *ſane non vno caſu*: quæ lectio eſt *Ferreti*; quem ſequuntur Donel. & Weſemb. *in d. § æque & Duar. ad titul. Digeſt. d.* *probat. c. 13.* Ant. Fabr. 20. *coniect. 13.* quia multis caſibus fit vt poſſeſſor actoris vices obtineat velut in mixtis iudicijs, in præiudicijs, in interdicto vt poſſidetis: nec forte ſine cauſa Iuſtin. dixit, *actoris partes obtinere*, vt ſcilicet non vere actorem eſſe intelligeremus, & ideo non magni momenti eſt obiectio Roberti, quod iſtis caſibus non neget poſſeſſorem eſſe alterius: quia neceſſe non eſt, oppoſitionem ſiue comparationem potius in omnibus militare: & tentari poſſit hæc ita proponi quaſi per occupationem vt occurreretur obiectioni contra illud quod dixerit in corporalibus non agere poſſeſſorem: ꝙ nimium cum etiam reus excipiendo agere dicatur, & caſibus ſupra allegatis ipſe poſſeſſor agere videatur, conſequenter illud quod dixerat actionibus ſeruitutum proprium non videri: cui obiectioni ita occurrit Iuſt. vt illud aut ſingulare & irregulare eſſe, aut non tam poſſeſſorem actorem eſſe, quam potius actoris partes obtinere reſpondeat. Cæterũ varias opiniones de vno illo caſu vide apud autores à Tr. hic & à Gothofred. *ad §. æque Inſt. de action. allegat.* & Ant. Fab. 20. *coniect. 13* vbi eas ſtrictim refellit.

THESIS XIV.

LIT. A.

Vtilem bonæ fidei emptor] Videlicet qua talis, ſi pro tali ſe profiteatur: cæteroquin in dubio directa actione vtetur, vel arg. eius quod tradit Tr. lit. B. ſi actor in poſſeſsiõe fundi ſit, dominiũ eum probare non teneri. Licet enim, actiones iſtæ non dentur niſi domino fundi *l. 2. §. ſi ſeruit. vind* attamen quia dominium incidenter venit, illud præciſè probandum non eſſe, ſed præſumi pro poſſeſſore tradit Glo *in l. ſicut §. ſed ſi quæratur, ſi ſeru. vind* quam refert & ſequitur Bart. *ibid. nu. 4* & Paul. Caſtr. *in d. l. 2, §. 1. eod.* Plane qui fundum nõ poſsidet fruſtra vindicabit ſeruitutem, niſi fundum quoque ipſum ſit vindicaturus *arg. l. 17. d except.*

THESIS XV.

LIT. A.

Vt res præſtetur & cautio.] Coniunctim hæc requirit Tr. & ideo *in l. 6. ſi ſeru. vind.* vbi dicitur præſtari rem aut cautionem, disiuncta pro coniunctis accipienda. Atquin hoc falſum eſt & frequentius alterutrum præſtari ipſa natura ſeruitutum euincit: veluti ſi quis debeat ſeruitutem quæ conſiſtit in patiendo, ire agere per fundũ, cautio tantum præſtabitur de non turbando, cum hic nulla res ſit quæ præſtetur. Quod ſi ſit in tigni immiſsione, proiectione, oneris

impoſitione rem præſtare ſufficiet. Et vtriq; generaliter affirmandum non erat, quod vno aut altero caſu obtinet: vt ſi quis contra ſeruiturem impoſitam altius ædes ſuſtulerit, poteſt damnari, ſi ita iudici ſedeat, vt non tantum deponat ædificium, ſed etiam caueat ſe impoſterum contra ſeruitutem non ædificaturum.

Quos tamen in ſatiſdationib.] Aliena hic immiſcetur quæſtio, an ſatiſdationes præciſe requirant fideiuſſores, de qua actū, ſupra diſp. 5. th. 2.

LIT. B.

Succurritur ex L. 3] Sc. non ſpeciale ſed commune hoc remedium vt in latitantis, & ſecum agendi copiam non facientis, bona immiſſio fiat. *tt. Quib. ex cauſ in poſſ eat.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Ait ſi quis partis tantum dominus fiat, retineri ſeruitutem pro parte, periade ac cum plurib. fundis iter debentibus medium acquiro. Quæ comparatio recta non videtur, quoniā hoc caſu prædia duo, primum & vltimū reuera diſtincta manent, in quib. ſeruitus retineretur. Atqui illo caſu, tum ſocij nō prodiuiſo ſed indiuiſo poſſideant, non poteſt dominus cōmunis videri iure ſeruitutis itinere vti. Adeoq; quod hic etiā pro parte ſeruitus retineri dicitur, ex ſubtili iure eſſe videtur, quo non niſi toto acquiſito prædio ſeruitus confunditur: & eo effectu, vt ſi partem acquiſitam alieno vero, integram maneat ſeruitus, vide Ioh. ſuper *in l. 8 §. 1. h. t. & eundem omnino in l. 2. eod.*

LIT. C.

Num vero interitu rei] Negat Treut interitu rei ſeruitutes reales amitti. Equidem huic quæſtioni minus commode locus eſſe videtur, quia ſubiectum ſeruitutum ipſum fere ſolum vix interire poteſt, cæterum poſitis terminis interitus rei contra Tr. potius affirmabo, quod non poſsit ſaluum manere accidens, corrupto ſubiecto: facit *l. 24. quib mod. vſufr. amit* vbi quod de vſufructu dicitur, in actu & itinere etiam cuſtodiendum traditur: veluti ſi flumen ex agro alueum fecerit, extinctam dixerim ſeruitutem *arg. d. ll. 24* Neque obſtat *l. 13. d ſeru. ruſt.* quia cum ſeruitus ibi inhæreat ſolo non ſuperficiei, hac ſublata, modo illud ſaluum maneat, non extinguitur: quod & reſponderi poſsit *ad l. 20 § 2. de ſeru urb.* etenim licet quodam ſenſu ſeruitutes illæ quæ ædificiis debentur, ſuperficiei inhærere dicatur, quodam tamen etiam reſpectu ſolo inhærere dici poſſunt, quatenus non ab ædibus in indiuiduo, & his vel illis, ſed quæcunque tandem arcæ impoſitæ fuerint, deberi intelliguntur: quamuis etiam in ſpecie *d. l. 20. §. 1.* magis ex æquitate quā ſtricto iure ſeruitus retineri videatur, & tanto magis retineri, quod ib. ædificium ei fini, vt aliud reponeretur fuerit ſublatum. Et aliquid facere quidam exiſtimant, quod ſeruitutes reales vtrumque quaſi prædium afficiant, & ita licet ſeruiente ſublata per dominans quaſi retineri videantur. Quod autem *d l 14. quemad. ſeru. amit* attinet, apparet ibi magis de amiſſione ſeruitutū per nō vſum quæri, neque ibi agi de vero interitu fundi, ſed ſal. ē de inundatione aut eluuione aquæ quæ agri faciem occupādo vſum eius interim ademit, non autem rem extinxit.

Nec dubitari debet] Affirmat dominum fundi ſeruientis poſſe ex paſcuis agrum facere, ſi dominus fundi dominantis tantū certo anni tempore ius paſcēdi habeat. Verum amplius hic forraſsis diſtinguendum fuerit, inter conditionem ſiue qualitatem fundi, in quo ius paſcendi eſt: quod ſi fundus producat herbas & gramina, quæ pecora depaſcant, nullo modo ager ex eo fieri poſſit: quod ita præiudicium fiat ſeruituti, quoniam eo facto, nullo anni tempore pabulum exinde pecora habere poſsint.

THESIS XVII.

LIT. E

Bonam fidem in libertate præſcribenda.] Bonam fidem in præſcriptionem libertatis requirit. Apparet autem ex Cæpoll alleg Bart. & Caſtr. *in l. hac autem iura d ſeru. vrb* Bald. *d præſcrip p 3 part. quarta princ quaſt. 3.* diſtinguí hic a Dd. inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas, vt in illis bona fide opus ſit, non autem in his: quod ſcil. illic opus ſit aliquo facto cui adiuncta bona fides eſſe debet: hic autem citra vllum factum eius qui ſeruitutem debet, propter ſolum non vſum alterius, libertatem prædio contingere: vt ita præſcriptione libertatis propric loquendo tantum in vrbanis non etiam in ruſticis locus eſſe videtur *per l. 4. §. 27. d vſucap.* quod quaſi nouū & ſubtile tradit Coraſ. *in l 14 d ſeru n. 43* & id tamen cuiuis non plane obtuſo occurreret, & à Dd. ante etiā satis non obſcure docetur: eademq; ſententia videtur eſſe Tr. dum negat etiam hodie libertatem ruſticarum ſeruitutum vſucapi debere. Cæterum Coraſ loc. tentat quod nec in præſcriptione libertatis aduerſus vrbanas ſeruitutes, opus ſit bona fide, quod libertas ſit fauorabilis, *arg. l. 4 §. vlt de vſuca* Quæ quidem ratio non admodum mouet, quoniam hæ ſeruitutes non vſque adeo odioſæ ſunt, & fauorabilitas

illa

illa non poteſt inducere exceptionem cõtra regulã, quæ in præſcriptionibus bonam fidẽ requirit: attamen ex alio fundamento non improbabilis videri poſſit illa Coraſ. opinio: quod cum præſcriptiones hæ contra vicinum incipiatur, ſemper ſcientia aut patientia vicini, quæ loco bonæ fidei ſit, concurrere videatur. Neque obſtat huic ſententiæ *l. 1. C. d. ſeruit.* nõ quod ibi agatur de præſcribenda ſeruitute, vt male reſpõdet Coraſ. quam potius quoniam non ſequitur: non oportet eſſe factum vi, nec clam nec precario: ergo oportet adeſſe bonam fidem, quoniam poteſt quis v. c. altius ſublatas habere ædes, vt ſciat ſe debere ſeruitutem altius non tollẽdi, vt tamẽ nec vi nec clam nec precario ædificaverit. Omnino, quia vt iam dictum, cum in ſeruitute & libertate præſcribenda ſcientia & patientia vicini qui propter vicinitatem ignorantiã prætendere non poteſt, totum facere videatur, conſequenter nec titulo nec bona fide, cuius loco ſcientia eſt, fuerit opus: Jllud ad extremum hic notandũm, quod licet communis legiſtarum opinio inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas diſtinguat, ita in his quoad præſcriptionem libertatis nulla bona fide aduerſarii opus eſſe exiſtiment, per notata Cæpol. *d. ſeruit.* 20. *num.* 4. Bart. Caſtr. & c. *in l. hac autem iura d. ſerv. vrb* ſiquidem ſufficiat, adverſarium ſeruiture non eſſe vſum: attamen communem canoniſtarum opinionem in contrarium obtinuiſſe, videri, ſecundum quam etiam hoc caſu bona fides in præſcribente deſideratur, vt videre eſt ex traditis à Mart. Laudenſ. *in repet. l. ſeruitutes* 14. *hoc tit. nu.* 23. & Balb. *dict. præſcript. p. 3. part. quart. princip. quæſt.* 3 *per totum & nu. vlt.*

THESIS XVIII.

Proponitur hic quæſtio, quæ pertinet ad explicationem *l. 6 § 1 quemadm. ſeru. amit.* vbi Tr. refert diverſas opiniones neotericorum Hottoman. & Donell. Sed debebat potius eaſdem retuliſſe ex Accurſio, apud quem *in d. l. 6.* vtraque iſta ſententia his verbis tradita eſt. Si per certum locum debebatur via & diuiſio fundi facta eſt: aut hæc diuiſio facta eſt per longitudinem viæ, aut per latitudinem. Per longitudinem fit, quando totius longitudinis viæ vnuſquiſque ſociorum partem habet à principio viæ vſque ad finem: per latitudinem quando vnus ſolus ſolidam viam habet vſque ad certum terminum æqualiter, vel inæqualiter poſitum: & alter ab eo termino vſque ad finem: ſic fit diuiſio per longitudinem: vt ſupra per latitudinem ita; quæ eſt ipſiſſima Hottom. ſententia. Sequitur ſtatim ibidem: alii vero dicunt contrarium, ſcil. fieri per longitudinem, quando ipſa longitudo diuiditur, & per latitudinem quando diuiditur latitudo: quæ eſt ſententia Donell. Hoc ipſum Schemate expreſſit Hott.



In priori ſchemate per latitudinẽ viæ, in poſteriori per longitudinem fundum diuiſum exiſtimat Hotto. Donel. contra in priori per longitudinẽ, in poſteriori per latitudinem viæ fundum diuiſum eſſe ſtatuit. Vtrius ſententia potior ſit, meo iudicio ex ipſa Celſi diſput. non difficulter animaduerti poteſt. Ait Celſ. *in d. l. §. 1. verſ. ſed ſi is* ſi certus ac finitus viæ locus eſt: tunc ſi per lõgitudinem eius fundus diuiſus eſt, eadẽ omnia ſeruanda erunt, quæ ſi initio conſtituendæ eius ſeruitutis ſimiliter hic duo fundi fuiſſent. Si vero per latitudinem viæ fundus diuiſus eſt (nec multum refert æqualiter id factum eſt, an inæqualiter) tunc manet idem ius ſeruituris, quod fundo indiuiſo, fuerat nec aut vſu retineri, aut nõ vtendo deperire, niſi tota via poterit. Et ergo diuiſo fundo per latitudinẽ viæ pro parte via nõ amittitur, ſed aut tota retinetur, aut tota perit: diuiſo autem fundo per longitudinem viæ, pro parte nõ vtendo ſeruitutem amitti poſſe docet, perinde ac ſi diuiſis regionibus & in diuerſis fũdis ab initio ſeruitus conſtituta fuiſſet. Iam ſi cõferantur ſuperiora ſchemata, ratio manifeſta oſtendit, in poſteriori, eum qui parte viæ vtitur, tota intelligi videri, quod contra eſt in priori: & conſequenter iuxta diſputat. & deciſionẽ Celſ. in poſter. ſchemate dicendus eſt fundus diuiſus per latitudinem, in priori per longitudinem: & ita verior erit poſterior ab Accurſ. relata & à Donell. probata opinio: vt ſcilicet per lõgitudinem viæ dicatur fundus diuiſus, quando ipſa lõgitudo diuiſa eſt, vt in diuerſis partibus fundi ſit via tota latitudine, ſed non longitudine: at enim per latitudinem viæ intelligatur diuiſus fundus, vbi latitudo viæ diuiditur, ita vt in ſingulis fun-

Digitized by Google

diſ ſit via totâ longitudine, ſed non latitudine. Neque aliud Cuiac quem male tanquam idem cum Hottoman. ſentientem allegat. Treut. ſtatuit. 14. *obſerv.* 10. his verbis diuiſio per latitudinem viæ duas ſemitas facit, eſt enim ſemita ſemis via, & hoc caſu ſatis vſurpat ſeruituté is cuius fundo via debetur, ſi vel vna ſemita vtatur: ſed diuiſio pér longitudinem viæ duas vias facit non duas ſemitas: & hoc caſu non vſurpat viam vtramque, qui altera tantum vtitur, quia duæ viæ eſſe intelliguntur. Quæ veriſſima ſententia eſt, & facit contra Hott. quod ſecundum ipſius interpretationem in poſteriori ſchemate non fundus per longitudinem viæ ſed ipſa via per longitudinem diuiſa eſt, atqui non de hoc ſed de illo diſputat Celſ. *in dict. l. 6. §. 1. quemadm ſer. amit.* Sed hæc fortaſſis tanti non ſunt: vide tamen etiam Ant. Fabr. 19 *coniect.* 14.

DISPUTATIO XVIII.

DE LEGE AQVILIA.

THESIS I.

LIT. A.

RAtionem continuationis hâc reddit, quod actiones noxales multum habeant affinitatis cum actionibus realibus. Atquin de his actum eſt libr. 6. & ſi tractatum de ſeruitutibus ad actiones reales referas etiã & rectius tractatus de dominio hic proponi, vel vice Verſa de actionibus noxalibus ſub materia dominii agi potuiſſet: & hac ratione nulla tam inepta fuerit materiarum connexio, cuius non aliqua eiuſmodi ratio reddi poſſet. Quin actio L. Aquiliæ mere perſonalis & omnino actiones noxales, vtpote ex delicto deſcendentes, maiorem cum perſonalibus actionibus affinitatem habere videtur: neque dubium eſt, quin rectius in Inſtitutionibus tractatio L. Aquiliæ cum priuatis delictis coniungatur. Porro rationem rationis, cur actiones noxales maioré cum realibus affinitatem habeant, duplicé reddit Tr. quod vtræque dominis dentur, itemque aduerſus dominos. Ex quibus prior bona nõ videtur, tum quod multæ actiones perſonales dominis dantur, & ex eo natura actionis realis æſtimatur, quod competit iure dominii, & ex dominio quaſi deſcendit, cum hæ actiones vtique ſint ex delicto, & actio noxalis non ſingularem actionis ſpeciem, ſed variarũ actionum denotet adiectionem: vtique cum Tr. hac ipſa lit. has actiones perſonales eſſe dicat, rationis erat, vt ſub perſonalibus actionibus & obligationũ materia hæc potius proponerentur. In altera ratione, hoc vtiq; vitioſum eſt, quod citra fallaciam homonymiæ de iiſdem actionibus dici nequit quod domino & contra dominum dentur: & ſane reales actiones proprie dictas contra dominum dari falſum eſt, & eſt ea potius perſonaliũ actionum nota, vt cõtra dominium dentur. Neque aliter ſaluari poteſt Tr. quam ſi cũ hoc velle dicamus, actiones noxales in hoc realibus ſimiles eſſe, quod non dentur aduerſus eundẽ, ſicut perſonales *l. 15 in fin princip. de action.* ſed aduerſus quemcunque poſſeſſorem rei quæ noxam commiſit, adeo vt nec in heredem, ſi rem illam non habeat, porrigantur *l. 1. in fin. ſi quadrup. pauper.* Cuius rei ratio non eſt in obſcuro, quod quaſi corpus ipſum, quod damnum dedit obligatum videtur: quod quia ciuiliter conueniri nequit, actio aduerſus eum qui illud in poteſtate habet, vel ad dedendum, vel damni dati æſtimationem præſtandam concedenda fuit.

LIT. B.

Definit hic damnum omne id quod alter per alterum ſentire poteſt. In qua definitione hoc primo occurrit quod cum iuxta ſubiectam à Tr. diſtinctionem, etiam beſtiæ damnum facere dicantur, his tamen verbis iſta definitionis non videntur commode applicari poſſe: neque vero dominus beſtiæ recte dicitur inferre damnum. 2. quod damnum appellat etiam id, quod quis ſentire poteſt: ſiquidẽ quod futurum eſt, damnum recte non dicitur. Neque obſtat *l. 5. §. 6. de his qui effud.* quia aliud eſt damnum datum & acceptum eſſe, aliud damnum metui: & ad futurum quoque damnum, quod nondum damnum eſt, præcauendum, præter actionem introduxit.

Damni appellatione etiam impenſa.] Nimirum ratione effectus, ſiquidem in actionem L. Aquiliæ, etiam impenſæ veniunt: quo pertinet *l 3. & 28. de damn. infect.* quoniam etiam hoc ad diminutionem patrimonii ſpectat.

Ita & futurum continetur.] Verbo *damni* generaliter ſumpto, extra dubiũ hoc eſt: cæteroqui non ſecus fuerit in hac materia, quoniam verius eſt contra furem actioni L. Aquil. non eſſe locum, quod hic neque occiſum quicquam eſt, neque fractum neque corruptum.

Adeoque ſtatutum] Contraria ſententia Bald. quod ſtatutum loquens de damno, vt ſtetur æſtimationi eius, qui damnum paſſus eſt, non ſit intelli-

intelligendum de furto, duplici ratione citato loco ab ipſo Bald. confirmatur, quod *in l. 5 §. 1. nauta caup ſtab.* furtum & damnum opponatur, & ſtatuta non ſint extendenda. Facit quod ratio ſtatuti hæc eſſe videtur, quod damnum quale re vera ſit, commode æſtimari poſſe non videatur, qua de cauſa res violenter ablatæ, de quibus non conſtat, ab ipſo cui ereptæ ſunt, æſtimãtur. Et ſiquidem ſtatuto iuxta ius ciuile pœna dupli vel quadrupli irrogetur, iniquum videatur, ad arbitrium & æſtimationem actoris dupli vel quadrupli inire rationem. Plane cum conſuetudine & lege capitaliter in fures animaduertatur, nec abſurdum videri poſſit, odio furum ita ſtatutum quod ciuiliter fures coercet, interpretari, vt ſub damno etiam furtum contineatur, ſi modo res illa furto ſubtracta perierit, vel alias non reſtituatur.

LIT. D.

In ſpecie pauperies.]Forte, qui alium facit pauperiorem, iniuria enim damnum dare dici non poſſunt, quia ſenſu carent, vt ait Iuſtin. *in §. Inſtitut quadrup pauper.* id eſt, prohæreſi & propoſito delinquẽdi, & ſe deliquiſſe, & aut damnum dediſſe ignorant: cæterum quatenus iuris naturalis perita dicuntur. *Inſtitut de iur. natur. in princip.* etiam iniuriam feciſſe dici poſſunt: quoniam ſicut ſeſe defendẽdo iure agere dicuntur, etiam vltro aggrediendo, iniuriam recte facere dicuntur: qua de re actum, ſupra diſputat. 1. theſ 4.

Rei autem inanimata.] Extra dubium eſt, quod nulla eiuſmodi rei poſſit dici culpa: *& in l. 5. §. 7. commod.* culpæ verbum abuſive pro vitio rei ſumitur.

THESIS II.

LIT. B.

Non tamen ex d. §. colligitur.]Nimis ſubtilis videtur hic eſſe diſtinctio inter propulſationem iniuriæ & defenſionem: niſi forte captat verbũ *iniuria*: cæteroquin & defenſio ab iniuria ſiue contra iniuriam dicitur: & hoc ſenſu plus iuris in defenſione quam propulſatione eſſe videtur. Et fortaſſis eo reſpicit Tr. quod ſupra diſputat. 1. theſ 4. lit. C. defenſionem à natura monſtratam dicit & beſtiis quoque facit communem. Sed animaduertere debebat, quod vt iam dictum admiſſa ex ſententia, beſtiæ etiam recte iniuriam facere, & propulſare dicantur.

LIT. C.

Contra naturam ſui generis.] Id eſt per laſciuã, feritatem vel pauorem, velut hoc explicatur *in prin Inſt h.* Et vt hoc obiter addamus, verbis illis explicatur ita regula, quæ proponitur *d. 1 Inſtit.* §. 1 quæ hanc actionem in ijs quæ contra naturam mouentur locum habere docet, eoque verbis illis regulam explicantibus recte in fin. de pr. ſubijciuntur exempla de boue cornupeta, & equo calcitroſo, quod etiam Theophilus ſequutus eſt: vt proinde nulla de cauſa fuerit propter quam Hottom. transponeret textum, & reprehenderet Tribon. quod exempla regulæ præmiſerit.

Vt ſi gramina depaſcat.]Apparet hic ita diſtingui a Tr. vt ſi pecus impulſum in alieno paſcatur, actio ſit de paſtu pecoris ex L. XII. tabb. ſin non impulſum, ſed motu proprio, actio ſit in factum, non de paſtu pecoris: quod poſterius etiã video probari à Cyn *in l vlt C. ad L Aquil* Verũ non animaduerto, quominus etiam hoc caſu actioni de paſtu locus eſſe poſſit ſiquidem etiam hic & magis, quam vbi factum hominis præceſſit, ſecundum naturam ſuam de paſcendo quadrupes agit: & cum hic nullum præceſſerit hominis factum, tanto minus actioni in factũ locus videri poſſit. Rationis eſt, vt ita diſtinguamus, quod aut depaſcitur quadrupes mea glandes ſiue fruges in alieno, aut in meo. Illo caſu aut depaſcit fruges vltro, & eſt actio de paſtu, aut immiſſa ab alio, & eſt actio inutilis L Aquil. *l. vlt. C. ad L. Aquil.* cum qua fortaſſis concurrere poſſit actio de paſtu *arg. l. 14. §. vlt. de præſcript. verb.* quẽ concurſum admittunt Accurſ. & Cyn. *in d l vlt. C. ad L. Aquil.* Hoc caſu vbi vid. fruges alienæ in agrum meum deciderent, tantum ſupereſt actio in factum, quod hic ſemper factum meum interueniſſe præſumatur: probatur *d. l. 14 § vlt, & ab* Accurſ. *in d l. vlt. C. ad L Aquil.*

Et iure Saxonico.] Male hic tanquam iuris Saxo, proprium proponit, quod nemini pecus ſuũ in alieno paſcere liceat: neque enim dubium eſt, quin idem obtineat iure ciuili: & ſi de iure ſeruitutis conſtitutæ agatur, proculdubio etiam iure Saxo. contrarium obtinuerit: & ex ijs quæ citato loc tradit Fachſ. differentiam iſtam iuris ciuilis & Saxon. commentitiam & nullius momenti eſſe apparet.

Nec vero quadrupedum]Recte ſe habet, quod hactenus ſaltem pecudis incluſionem admittit, vt de domino conſtare poſſit: quod & tradit Bald *in l 2. C. de ſerv. fugit. nu. 1. in fin.* vt videlicet contra dominum proprijs actionibus, de quibus *l. 29. ad L. Aquil* experiri queat. Verum Bartol & Zaſio, iniuriam facit: ex quibus hic *in cit. l. 9. §. 1. de damn inf. n* 8. diſerte ex d. l. 39. notat, quod iure ciuili pecudem includere non liceat: ſed con-

ſuetu-

ſuetudine contrarium induci poſſit tradit: quã equidem conſuetudinem, vt ſatisdatio de damno dato interponatur, irrationabilẽ eſſe, nemo dixerit. Idem ex iure ciuili docet Bart *in l. 8. de incend.* addita differẽtiæ ratione inter res inanimas, & animatas, quod hic aliis actionibus domino ſit conſultum. & adhuc ratione alia *in d. l. 9. ; 1. de damn. inf.* quod maius hic ſit periculum, ne quadrupes peccat quoniã alias etiam actionem habentibus frequenter per retentionẽ ſuccurritur. Poteſt & alia ratio addi, a fructibus, quibus dominus quadrupedis fraudari interim non debet. Quæ porro prolixe de incluſione & retentione pecoris ex iure Saxon. à Tr. proponuntur, nihil moror: illud autem plus quã perſpicuum eſt, diuerſiſſimam eſſe pignorationem, quæ vic fit interrumpendæ præſcriptionis gratia: nec proinde neceſſum erat, id in ſpecie in extremo huius lit. C admonere.

LIT. E.

Qui dominus quadrupedis erat.] Imo qui iã eſt, quod oſtendit ipſa citat. *l. 1 §. 12 h. t* & certiſſima ratio iuris, quod noxa ſequitur caput, & noxalis actio contra poſſeſſorem rei, quæ noxam fecit inſtituenda eſt.

LIT. G.

Ait in th quod quibuſdã caſibus fiat condemnatio in ſolidum damni æſtimationem, & in allegatis exemplum proponit, ſi alternatiue condemnationem ex re iudicata conueniatur. Vbi initio male confundit condemnationẽ ex cauſa actionis L. Aquil cum condemnatione ex cauſa actionis iudicati: & cũ in th. de illa loquatur, ꝙ ſc. actione L. Aquiliæ conuentus aliquando in ſolidũ condemnetur, vitioſè exemplũ de actione iudicati affertur, eum condemnationem in principali actione in ſolidum factã non eſſe præſupponat. Deinde quod tanquam ſpeciale proponit Tr. vt quis alternatiue condemnetur, magis eſt vt regulare ſit, per ipſos textus a Tr. citatos, quibus probatur, ex natura actionis alternatiuam ſequi condemnationem: ſiquidem cõditionem formulæ & actionis, ſequitur conditio condemnationis. Ex quo videri poſſit, etiam iudicati conuentum noxæ deditione præſtationem ſolidi euitare poſſe, quod iuxta modum condemnationis actio iudicati videtur inſtituẽda. Verumtamen è contrario propter morã & quaſi contumaciam rei, non immerito victori electio dãda, & qui ex cauſa iudicati litem ſecum conteſtari paſſus eſt in ſolidum condemnandus erit *per l. ne veniunt 20. § 5. de petit. hæred.*

Tandem notandum] Notat quod hæc actio ſit tranſitoria in ſucceſſorem, non iure ſucceſſionis, ſed dominij. Non recte: quoniam cũ actionem tranſitoriam dicimus, in hæredem qua heres, tranſire intelligimus: cæteroquin contra conſtantem & perpetuum iuris vſum, imo iuris rationem, actiones in rem, quibus hæret poſſeſſor tenetur, tranſitoriæ recte dicerentur. Vtrique tranſitoriæ ſunt, quæ ab vno in alium, & ita à defuncto in ſucceſſorem deſcendunt, & quibus non ex propria ſed defuncti perſona quis conuenitur: atqui actiones noxales poſſeſſorem perſequuntur, licet ex delicto deſcendant: quoniam vt notatum ad th. 1 lit. A. non iunt ex delicto rei conuenti, ſed verbi cauſa ſerui poſſeſſi, qui eum actione ciuili ad faciendũ damnum conueniri nequeat, vertitur actio in dominum poſſeſſorem, vt ipſe, niſi ſeruo cedere, eumque noxæ dedere malit, damni dati præſtet æſtimationem.

THESIS III.

LIT. B.

Quæ ſi extra cuſtodiam.] Cum lit. A. beſtiam diuidat in feram & cicurem, nimis generaliter affirmatur hæc lit. B. quod ſi beſtia extra cuſtodiam domini conſtituta dederit damnum, nulla competat actio: ſiquidem hoc vtique verum non eſt in beſtia cicure, veluti cane, ſed tantum obtinet in beſtia fera, quæ cuſtodiam domini euaſit, & in naturalem libertatem ſe recepit: vt adeo qui tempore damni dati dominus amplius non eſt, his actionibus nequeat teneri.

THESIS IV.

LIT. B.

Iure lex dicitur.] Quod ait, poſt L. Hortenſiam inter plebiſcita, & leges tantum conſtituendi ſpeciem intereſſe *ex l. 2. §. 8 de O. I.* ita intelligo, quod ſint diuerſæ ſpecies iuris cæteroquin forma & modus conſtituendi non videtur diuerſus: quod rogationem præcedentem ſequebatur iuſſio: neque aliud intereſt, quam quod legem iubet vniuerſus populus plebiſcitum, plebs ſola excluſis patriciis: vel quod legem rogat magiſtratus patricius, plebiſcitum plebeius. Cæterũ poſt tempora d. l. Hortenſiæ, non amplius leges plebiſcitis ſunt opponendæ, quod ex eo hæc vere & perfecte ſunt leges, neque legis nomen amplius tanquam proprium ſanctionibus ſenatorio magiſtratu rogante latis, tribui poteſt ceſſante ratione, quod initio hę demum ſanctiones omnes ciues tenerent, quod eſſentiale legi eſt & Juſtin *in §. 4. Inſtit de iur. natur.* dum hæc duo opponit,

opponit, originariam eorum naturam conſiderauit. & ille ibid. legib. conſtitutiones principũ opponit, quæ tamen ſtatu Democratico in Monarchicum mutato vere, quin & ſolæ leges erãt; de qua actum ſupra diſput 1. Modeſt. *in l pen d. ll.* Textus illius quod SCta & conſtitutiones principum, explicatio, argutior videtur quã verior. ſiquidem prætextus tantum eſt: quod dicitur *in l. 2. de origin. iur.* ex neceſſitate quadam: curam Reipubl. translatam fuiſſe in principes: qui imo armis Rempubl. oppreſſerant. & eiuſdem farinæ eſt, veritatique repugnat hiſtoricæ, quod traditur *in d l. 2. & §. 5. Inſtit. de iur. natur.* propter numerum populi Romani iuris cõdendi autoritatem ad ſenatum translatam fuiſſe, de quo itidẽ actum eſt ſupra *diſput. 1. theſ. 5.* vtiq; ſi voluntate populi & in ſenatum & in principem ius cõdendi legis translatum eſt, etiam hoc ius ex cõſenſu eſſe recte dicemus, porro cum à Iuſtin. *in tit de iur. natur.* inter partes iuris etiam referantur reſponſa prudentum, hæc quoq; ſub diuiſione iſta comprehendenda erant & poſſunt illa non incommode, ſub ius, quod à neceſſitate conſtitutum dicitur, referri, *argum d. l. 2. §. 5. de orig. iur.* ibi, *neceſſarium eſſe diſputationem fori.* Poſſit quis exiſtimare alio reſpexiſſe Modeſtinum *in d l. pen* quod ſc. ius quoddam à legislatore in vniuerſum & in futurum conſtituitur, quoddam autem vt conſtituatur, caſus emergentes extorquent, cuiuſmodi ius non abſurde à neceſſitate dici poteſt, conſtitutum.

Quod ex Græcis hauſtum.]Diſtinctionem illam iuris vt ex Græcis hauſtam dicamus, nulla ſuadet ratio. Equidem iuxta explicationem poſteriorem diſtinctio illa omnibus rebus publicis communis eſt: ſecundum explicationem autem Tr. eam à Græcis ſumptum eſſe, magis adhuc a vero abhorret: cum apud Græcos ſiue Spartanos ſiue Athenienſes nulla talis fuerit Reipubl. forma, & quod [illegible] neceſſitate, quæ fuerit cauſa SCtorũ & cõſtitutionum, dicitur, in Rebuspub illis, nullum inuenit locum: neque differentia illa legis & plebiſciti reip Athenienſi accommodari poteſt niſi longe alio ſenſu, quod apud Athenienſes plebiſcitis ψηφ όυαι dicta decreta temporaria & fere ſententias iudiciales deſignabant: neque apud eos quæ apud Romanos, ſenatus poteſtas fuit, qui nudum ius conſultandi, populus autem omnem ſtatuẽdi habuit poteſtatẽ: vnde illud Anacharſis, apud Athenienſes deliberare & conſultare prudentes, ſed ſtatuere & eligere ſtultos. Et Spartani quidem regem habuerunt, ſed cuius tempore pacis paulo maior quam priuati fuit autoritas vt teſtatur Xenophon in rep. Spartan. in fin. Valde autem ieiuna eſt coniectura Cuiacii *14. obſeru 16. in fi.* ex loco Menandri diſtinctionem illam ſumptam putantis: nam & idem Modeſtino quod Menandr. in mentem venire potuit: neque ibi Menand. de cauſis conſtituti iuris ſed principiis actionum agere videatur, quod ſint tria, lex, neceſſitas & mos: ita enim explico ibi [illegible] pro conſuetudine quæ ius fit, ſed pro aſſuetudine & more.

LIT. C.

Hic tradita confirmatur per ea quæ notat Ant. Auguſtinus *d. ll. pro Roman.* ſub L. Aquilia, vbi ait non conſtare, quo tempore iſta lex lata fuerit: & ea quæ Aquilio Gallo tribuuntur, de dolo ſtipulatione ſingulari. inſtituendo poſthumo, non inter LL. ſed formulas ICtorum referendas eſſe.

LIT. D.

Hac lit. tradita, omnia deſcripta ſunt ex Briſſonio *libr. 2. de formul. pop Rom.* Et ſenatores quidem ſententias rogabantur, ſed alia rogãdi forma erat ad populum, *velitis, iubeatis, Quirites:* qua formula conſules in ſenatu vſos nõ eſſe conſtat. Illa quoque quæ de differentiis verborum, ſciſcere & iubere autoritatis & poteſtatis proponũtur à Briſſonio, à ſpeciali vſurpatione, non à proprietate verborum deſcendunt.

LIT. E.

Non in monte Aventino.] Vere inepta eſt illa Azonis in ſumma Codicis h. tit. in princ. coniectura, quod plebs in ſeceſſione in montẽ Aventinum hanc tulerit L. quippe quod hæc L. nihil contineat, quod in ſpecie plebis vtilitatem concernat Et deceptus fuit Azo. *l 2 §. deinde cum eſſet, 8. de orig. iur* vbi ſane ita habent verba, atque ſic omnia plebiſcita tempore ſucceſsionis facta fuiſſent, & inde L. Hortenſia confirmata: quod tamen proculdubio falſum eſt.

LIT. F.

Ait in th. quoduis facta hac actione coerceatur. Minus recte quoniam vim proprie dictam L. Aquilia non coercet, & per ignorantiam commiſſa, quæ huic L ſubiicit, Tr. violentia carere videntur. Et hoc ipſum tamen cum mica ſalis accipiendum eſt, & oppoſitive ad propoſitum & ϖροαίρεσιν, quæ vt huic actionis locus ſit neceſſaria non eſt: eodemque modo explicandum, quod theſ. ſeq. lit. C. reperitur, eventum tantum ſpectari: vt videlicet intelligatur præceſsiſſe aliqua vel leuisſima culpa.

Digitized by Google

THESIS V.

LIT. B.

Hoſtem captum iure naturæ]Dura & fortaſſis falſa hæc propoſitio eſt, quod hoſtem captum iure naturæ liceat interficere. Equidem ius naturæ proprie ſumptum ignorat iura bellorum, quæ non naturæ, neque rationi ſimplici, ſed magis corruptæ, & ex hypotheſi humanæ malitiæ ſūt adſcribenda. Quin iure gent. quoque bella non niſi titulo defenſionis aut iuſtæ vindictæ excuſantur, eorumque ſcopus victoria, non extrema hoſtium pernicies, eſſe debet: omnino in non defendentem nec defendere ſe valentem vis omnis iniuſta & mera ſæuitia eſt, neque occiſio hoſtium, niſi qua hoſtium, id eſt, in ardore pugnæ, aut aliquando in exemplum iure gent. defenditur.

Verum poſtea.]Ait Antonini conſtitutione factum, vt non plus liceat in ſeruum proprium quā alienum: ita vt hoc opponat ei quod ſtatim dixerat, debitorem ſerui, ſi eum iuſte occidat liberari. Atquin autores legum, quibus illa ſententia de liberatione debitoris proponitur, Vlpian. & *Marcell. in l 53. §. 3. de legat. 1. & in l 96 de Verb obl.* poſt Antonin. vixerunt. Et omnino verius eſt quod Antoninus vitæ & necis, non totum & plane ſuſtulerit, ſed limitauerit & coercuerit, de quo actum eſt ſupra diſp. 2.

LIT. C.

Contra quam in actione legis Corneliæ]Caute accipiendum eſt, quod in L. Corn. non euentum ſed damnum ſpectari, ait: vt intelligatur animus non ſimplex, ſed declaratus facto & proxime deductus in actum. 2. vt ſciamus ex generali conſuetudine etiam iſto caſu ſi mors ſequuta non ſit, non ordinariæ, ſed extraordinariæ pœnæ locum eſſe.

Huc pertinet controuerſia]Proponitur quæſtio, ſi nauis fune rupto, aut cum à nullo regeretur, damnum dederit, an in dominum ſit actio L. Aquiliæ; quod ab Accurſ. & vulgo Dd. negari cum ſimpliciter ait, ipſis iniuriam facit: quoniam id illi non ſimpliciter negant, ſed negant cū Cto in caſu *l 29. §. 2. h. t.* quoniam illi nunquam hoc ſibi arrogarunt, vt textus emendarent vel corrumperent. Quod ſi autem proponas, culpam aliquam domini præceſſiſſe, illi proculdubio affirmabunt: cæteroquin etiam culpa domini abeſſe poteſt, ſi violentia venti nauis abripiatur, funesque etiam noui & validi ſatis rumpantur. Eoque contra Ant. Fab. retineri poteſt vulgata negatiua lectio *in d. l. 29. §. 2.* Videntur quidem ibi nautæ ita opponi domino, vt priori caſu illi, hoc dominus teneatur: attamen iidem qui nautæ aliquando & domini eſſe poſſunt & poteſt aliquando & nautarum & domini culpa abeſſe. Et vtrumque affirmatiua lectio commodiorem habeat ſenſum, hoc tamen ad emendandos textus ſatis non eſt ſi ex vulgata lectione, commodus quoque aliquis elici poteſt.

THESIS VI.

LIT. B.

Recte hic ait, tutius eſſe vt tempus adiiciatur: quoniam æſtimatio damni retro initur ab eo tempore quo datum eſt. Cæterum ſubiecta diſtinctio inter actiones famoſas & non famoſas, quam proponit Iaſon (qui a Bart. male allegatur, & ad tit. de action non ſcripſit) *in § ex maleficiis Inſt. de action. n 56* non ſat rationis habere videtur, cum tantum in criminalibus expreſſio temporis requiratur, *l. 3 de accuſat. & l. 7. in pr. de iniur.* nō ad deſignationem temporis, ſed criminis ipſius pertinet. Quod ſi actionis famoſitas ſatis cauſæ eſſet, etiam in actione depoſiti mandati, tutelæ, tempus foret exprimendum.

LIT. C.

Ratio differentiæ]Hæc ratio, cur in altero capite annus, in altero tantum triginta dies retro numerentur: quod in illo magis, in hoc minus damnum verſetur, non videtur adæquata & generalis. Vtriq; cum leuiſſima culpa hic ſufficiat, nō erat, quamobrem grauius priori capite quis puniretur: ſed & frangendo rem forte precioſam, facile plus damni dare poſſunt, quam vilem occidendo pecudem: vt fortaſſis huius rei ſufficiens & ſolida ratio nulla ſit.

THESIS VII.

LIT. A.

Etiam maritum] Ait quod maritus modum excedens in caſtiganda vxore Leg. Aquilia teneatur. Atquin directæ actioni locus eſſe nequit, cum vxor ſit perſona libera: [illegible] autem datur propter impenſas & operas ceſſantes, & cum adeo maritus in vxorem ægrotam impenſas facere teneatur, & vxor marito operas debeat, nec huic actioni locus eſſe videatur: niſi forte caſum ſingularem ponas, quo ex conuentione mulier ſe ipſam exhibet, ſuisq; ſumptibus viuit: alias contra ſæuitiam mariti officium iudicis fuerit implorandum. Nec quidquam pro Tr. facit Clar. § fin q. 56. num. 2 apud quem nec vllum de L. Aquila, verbum. Nec Menoch *caſu 364.* vbi ait quod maritus modum excedens arbitraria pœna puniatur. Nec Alex. *vol 4 conſ. 115. n. 2.*

Digitized by Google

*n.*2 qui dicit quod marito permiſſum ſit tantum vxorem corrigere, & ex iuſta cauſa leuiter verberare quod ratio ſubiectionis euincit, quæ ex iure diuino eſt & naturæ, quod docet Ariſt. *pelit.*2. & Tiraq *in l.*1 *connu.n.*22. licet idem ſcribat *in l.connu.*8.*num.*17. maritum tutius factutum ſi iure illo quam parciſſime aut potius plane non vtatur, adde Clar § *fi q.*56.*n.*2.

LIT. B.

Hac lit. & ſeqq. loco alieno tractat materiam defenſionis & inculpatæ tutelæ: quoniam pleriſque caſibus materia L. Aquil in qua de ſolo damno & quidem ex culpa illato agitur, in eam tractationem non incidit: & occiſo homine libero non agitur ex L. Aqu ſed ex L. Cornel. ad quam hæc diſputatio pertinet. Vnicus fere tantum caſus huc referri poteſt, ſi ſeruus alterius alium aggreſſus, occiſus proponatur.

An vero ad defenſionem famæ.] Quærit an ob defenſionem famæ, ſi ſimul armis vis nō inferatur, homicidium omnino licitū ſit. Atquin ſi vis inferatur armis, iā non de iniuria & fama, ſed violentia & corpore defendendo quærēdum eſt. Et non ſatis bene dicitur, famæ defendendæ cauſa non omnino eſſe licitum, quod plane licitū non eſt, per textum *in l* 7 *quod met cauſ* vbi merus infamiæ negatur eſſe iuſta cauſa reſtitutionis: & ex ratione certa, quod reuera iniuriis alicuius fama non violatur, & vindicandi iniurias ratio legibus prodita eſt: ex quibus vera differentiæ ratio inter læſionem famæ & corporis depēdet. Ratio autem Tr. quod verbali retorſione vti liceat, minus concludit: quia hoc remediū nimis leue eſt, ad iniuriam ſufficienter vindicandam, maxime in perſonis diuerſæ dignitatis. Sed & haud ſcio, an retorſio illa verbalis ſatis iure noſtro proberur: de quo agitur infra p.2. diſp 39.

LIT. C.

Siue tantum lædendo.] Veriſſima hæc ſententia eſt, quod in quauis defenſione, etiamſi non fiat occidendo, requiratur moderamen inculpatæ tutelæ: quid enim abſurdius eſſet, quam impune habere eum qui pugnis inuaſus, gladio ſtricto, vel iam diſcedentem & ex interuallo grauiſſime vulneret. Neque dubito hic iniuriam fieri à Tr. Dd. quos nullo nominatim laudato pro diſſ. citat quod probabile non ſit, vſque adeo abſurdam ſententiam illis placuiſſe: & ſane *Odofr. Cyn. Bart. Bald. Sal. in cit. l.*1 *C. vnde vi* nuſquam hoc tradiderunt.

LIT. D.

Vt fiat in continenti.] Et hic iniuriam Dd. facit, dum eos ſimpliciter pro diſſ. citat: ſiquidem illi omnes vno ore *& in l.*3 *de iuſt. & iur. & in l.* 1. *C. vnd. vi*, defenſionem perſonæ in ipſo actu flagranti neceſſario fieri debere docent. Quod ad defenſionem rerum attinet, eam quoque incontinenti fieri debere docet *l.* 3. §. *eum igitur de vi, & vi arm* Verum neceſſum nō eſt, vt vtrobique verba, *incontinenti*, præcisè eodem modo explicentur: neque abſurda videtur ſententia, vt hic vbi de rebus agitur, quarum non tantū ſimplex defenſio, ſed etiā eas aſſerendi & recuperādi ius permiſſum eſt *l.* 17. *d vi & vi armat.* in cōtinenti fieri dicatur defenſio, licet inter deiectionem ſiue ſpoliationē, & recuperationē, aliquod interſtitiū & interuallum intercedat. quæ videtur ſententia Iaſon. *in l.*3, *de iuſt. & iur. colum.* 3. *in princip. & Bald. ibid.* dummodo non diuerteritad actus extraneos, *vt notat. Cyn. in dict. l.* 1. *Cod. vnde vi n.*4. Et diuerſam rerum & perſonæ rationem eſſe, argum. eſt, quod cum rebus raptim diſcedentem inſequi, & res extorquere liceet; quod in defenſione perſonæ incidit in ſpeciem vltionis. Nolim tamen cum Accurſ *in d. l.* 3. §. 9. *de vi arma* quem ſequitur Bartol. *in l.* 1. *Cod. vnde vi num.* 9. & Salicet. *ibid nu.*7. hic in continenti factum dicere, vbi triduum interceſſit, ſed totum hoc arbitrio iuris crediderim eſſe committendum. Caſtrenſ *autem in l.*3. *de iuſt. & iur. nihil hac de re ſcribit.*

LIT. E.

Non æqualitatem armorum.] Hic quoque Dd. iniuriam facit, qui requirunt æqualitatem non ſpecificam, ſed genericam, vt defenſio offenſioni aliqua ratione ſit proportionata: & quidem poſita paritate perſonarum v. c. æque robuſtarum: eoque ipſa gloſ *in l.* 1. *C. vnde vi*, in terminis diuerſis, ſi fortior aggrediatur debilem, ita vt illius pugnus tantum poſſit quantum huius gladius, pugnis inualentem, armis repelli poſſe affirmat. quod Bart Bald. Sali. *& alij ibi affirmant.* Eſtque hæc ſententia veriſſima, neque dubium quin poſitis terminis paribus excedatur moderamen inculpatæ tutelæ, ſi aggredientem me pugnis vel baculo, ſtricto ego gladio inuadam.

LIT. F.

Ne quidem ad fugiendum] Non obſcure hic exiſtimat Tr. neminē ab alio inuaſū fugere teneri. Ego vero ita ſtatuo, eū qui fuga certo periculū euitare poteſt, velut ſi receptus ſit in ædes vicinas ſi defendendo occidere, quam fugere malit, excuſatum non haberi: cuius rei ratio vera & ſolida eſt quod famæ infamiæue cauſa homi-

 nem

Digitized by Google

nem occidere non licet: cum præſertim eiuſmodi fuga vere pudoris macula & infamia non contrahatur. Et ceſſat hoc caſu ratio Tr. à periculo lapſus, quia ponimus caſum, quo fuga periculum euitari poſſe conſtat. Et hinc etiam vitioſa ratio eſt Dd. Cyn *in l. 7. C. vnde vi nu. 6. Bartol. & aliorum ibid.* quod honoris & famæ cauſa fugiendum non ſit: quia adeo Bart. male allegatur pro diſſ. quippe qui fugiendum eſſe negat, niſi talis perſona proponatur, quæ famam & honorem non curat, & proculdubio præſupponit, nullum eſſe à lapſu periculum.

Quid ſi confeſſus.]Recte ſtatuit Tr. eum qui hominem occidit, ſi exceptionem defenſionis nulla ratione probare poſſit, ſupplicio afficiendum eſſe. Neque obſtat *l. 16 C. de pœn.* quæ eſt de caſu non confeſſi neque conuicti: qui autem delictum fateatur, neque exceptionem quam allegat probare poteſt, merito condemnabitur.

THESIS VIII.

LIT. A.

Excuſatur etiam]Hoc ita cum th. præced. connectendum eſt, quod ſecundum meam excuſatur, qui ſe defendendo damnum dedit.

Qui caſum magis quam culpam.] Tautologia hic committi videtur, quod iam ante non ſemel docuit, hic requiri culpam.

LIT. B.

Vnde eum qui incendij.] Vitioſa hæc illatio eſt, quoniam qui arcendi incẽdij cauſa ædes diruit, non peccat caſu, & ideo excuſatur, quia citra nocendi propoſitum & iuſto metu, ne ignis ad ſe perueniret, ædes vicini diruit *l. 49. § 1. h. t.*

Illud autem quod vulgo.]Negat ædes pro ſalute totius viciniæ dirutas, communibus impẽſis reficiendas eſſe & cum Bartolo probat diſtinctionem *l. 7. §. 4. quod vi aut clam.* an videlicet ignis ad eam domum peruenerit nec ne. Atquin vt maxime hic iure deficeremus, æquitatis tamen eſſet communibus ſumptibus damnum reſtitui, vt in ſimili ait JCtus *in l. 2. §. 5 de aqua pluv.* & facit arg. deſumptum à L. Rhodia de iactu. *ex l. 1. & l. 2. in fin. pr. l. 3. & 5 t ad L. Rhodiam.* Et licet diuerſitatis aliqua ratio dari poſſit, quod in tẽpeſtate communi conſenſu merces proiiciuntur & nauis leuior facta propter illum iactum euaſiſſe præſumitur, nõ tamen omnia ſunt diſſimilia, ſiquidem etiã inuiti merces proiici poſſunt, & propter ædes dirutas violentia ignis inhibita, & vicinorum ædes conſeruatæ creduntur: ſiquidem & Gail. *2. obſeruat 22. n. 4. & ipſe* Tr. pro ſalute viciniæ ædes dirutas proponit, quo non facto ignis latius graſſaturus fuiſſet. Et ergo nõ obſtat *l. 7. §. 4* vel quia, vt iam dictũ, præſumitur ignem ad alias ædes peruenturum fuiſſe: vel quia ibi agitur de eo qui proprij periculi auertendi cauſa, & quidem aut clam aut vi, domino ignorante vel prohibente diruit ædes. Etenim ſententia hæc euidentiorem habebit æquitatem, ſi non a vicino, ſed alio, qui ad reſtringuendum incendium opemq; ferendã, cum periculũ eſſet, ne ignis latius ferperet ædes dirutas fuiſſe, iiſque dirutis ignem ſtitiſſe proponas. Cæterum non ordinaria aliqua actione, ſed implorato officio iudicis petenda erit reſtitutio & collatio, ſuper qua cognoſcet magiſtratus.

LIT. C.

Ait theſ 8. lit C eum in cuius ædibus incendiũ ortum eſt, vicino ad reſtitutionem damni teneri, niſi culpa certæ perſonę incendium ortũ eſſe probetur, eamque probationem certam eſſe debere: & ſibi obiicit quod iuxta *l 3. § 1. de offic. præf. vig.* culpa habitantium incendia fieri præſumantur, & reſpondet id tãtum intelligi de leuiſſima culpa, neq; procedere præſumptionem illã, niſi alia indicia negligentiæ extent. Atquin cõtra, vt à poſteriori incipiamus, ſiquidem præſumptio eſt contra inhabitantes, quod admittit Treut, ea autem ex iure præſumptionis natura & vis, & probationis onus transferat in aduerſarium, efficietur, probationem diligentiæ patrifamil. & habitatoribus imponendam eſſe, tantum abeſt, vt ab agente probatio certa exigi debeat, negligẽtia certæ perſonæ incendium fuiſſe exortum. Illud enim plane friuolum, ꝙ præſumptionem illam ad leuiſſimam culpam tantum pertinere ait: ſiquidem hæc actio L. Aquiliæ, de qua diſerte agit Treutler. etiam ex leuiſſima culpa fundatur. Et tamen vtcunque certæ perſonæ negligentia & culpa probata ſit, patremfam. ſimpliciter ad reſtitutionem damni teneri, vix admiſerim, neque de hoc apud citatos Accurſ. & Salicet. *in l. incendium Cod. ſi cert. petat.* vllum verbum. Enim vero qui in culpa eſſe probatur, aut ſeruus eſt, & non niſi noxali actione dominus poterit conueniri aut liber, & ipſe tenebitur: quod certis tantum quibuſdam caſibus culpam & factum familiarium, præſtare habitator tenetur. Et facit contra Treutler. *l. 11. de peric. & comment rei vend.* Et forſan diſtinguẽdum hic fuerit, an culpa habitantium ſimul, vt ita loquar contingat patremfam neque: vt illo demum caſu teneatur, v. c. ſi non curauit, vt ignis recte habeatur & cuſtodiatur, cum illud

Digitized by Google

illud facere poſſet & deberet: quod eius officij ſit inſpicere etiam circumeundo, an ignis recte habeatur; quod ſi fecerit, abſoluendus erit *argum. d. l. 11.* vt maxime certæ perſonæ culpa & negligentia, quam paterfam præcauere non potuit, incendium exortum fuiſſe probetur.

Male emendata ab Hottom.] Reuera inepta eſt illa Hottom 5. *obſeru. c.* 10 emendatio, qui pro eo, quod *in d. l. 11.* dicitur, incendium ſine culpa fieri nō poſſe, expuncta negatione, vult legi, *fieri poſſe*, duabus rationibus, tum quod vtique fortuito incendium exiſtere poſſit: tum quod alias ſibi cōtradiceret ICtus, qui ſtatim ſubiecit, poſſe fieri incendium ſine culpa patrisfam. Prior ratio nullius momenti eſt, quia intelligi debet ibi agi de incendio in ipſis ædibus ex orto, non de igne ab incendiarijs ſubiecto, aut cælitus immiſſo. Poſterior inepta eſt, quia primo de inhabitantibus & in ædibus verſantibus, deinde de patrefam agitur.

Et ead. diſtinctione] Non videtur probandum quod ex diſtinctione præmiſſa decidit quæſtionem, an conductor domino ædium de incendio teneatur: vel quia, iuxta paulo ante dicta, non ſatis erit probare culpam certæ perſonæ, ſi abſit omnis culpa conductoris: vel quia cum Tr. *l. 3. de off. præfect. vigil.* reſtringat ad leuiſſimam culpam, hanc non præſtat conductor ex communiori ſententia, quam ſequitur ipſe Tr. *infra diſput. 29. th. 6.*

L I T. D.

Quod & aduocatos.] Vix videtur defendi poſſe, quod aduocatus imperitia peccans, actione L. Aquil. teneatur: quod nihil hic occiſum neq; ruptum aut fractum, neque vlla ratione corpore aut in corpus damnum datum ſit: ideoque ad ſummum non poſſit eſſe locus niſi actioni ſubſidiariæ in factum, de qua *in §. vlt. Inſt. h. t. arg. l. 33. vlt. eod.* vbi pro omnibus damnis, quæ non incidunt in L. Aquil. actio in factum conceditur; de quo amplius cogitandum

Propter generalitatem.] Si præciſè hanc ſequimur, vt imperitia ſufficiat ad fundandam hanc actionem inferri poſſet, quod etiam iudex imperite iudicans hac actione teneretur: quod verum non eſt. quia tenetur ex quaſi delicto *in pri. Inſt. de obl. ex quaſi del. l. vlt. de var. cogn.* & diuerſitatis ratio redditur ab Angel & Ioh. Fab *add. prin.* quod iudicare ſit neceſſarium munus, & quod nemo tanquam artificium profiteatur.

L I T. E.

Et caſus quem culpa præceſſit.] Non ſatis bene hic caſus coniungi cum præcedenti, aut illi opponi videtur, quod in illo neceſſario etiam inſit culpa. *leg. 132. de reg. iur.*

Etiam ad obſtetrices] Videtur hoc pertinere ad lit. D. de imperitia, & ei ſubijci debere, quod ad omnes artem aliquam profitentes, extendendum eſſe dixerat Tr.

Ita tamen vt niſi.] Subijcit limitationem, vt niſi vrgentiſſimæ ſint præſumptiones, ex quibus dolus conuincatur, non ſit locus pœnæ L. Corneliæ. Quæ limitatio omnino eſt vitioſa: quia cum regula ſit de caſu & culpa, exceptio eſt de dolo: & cum regula ſit de L. Aquil. exceptio de L. Cornelia ad cuius pœnam infligendā culpam & imperitiam non ſufficere conſtat.

THESIS IX.

Varios caſus non male expedit Tr. ex quibus ille præcipue controuerſus eſt, ſi ſeruum lethaliter vulneratum, alius itidem poſtea lethaliter vulneraret, an prior de vulnerato tantum, an etiam de occiſo teneatur: qua in re contrariantur ſibi *l. 11. §. 3 & l. 51. h. t. Cuiac. 17. obſ. 13.* Iul in hac quæſtione à Celſo diſſenſiſſe exſtimat. Accurſius diſtinguit, an vulnus fuerit reuera lethale, an putatiue, & ita an certum fuerit ſeruum ex vulnere moriturum nec ne. Probabilius Coſt. *in l. 51. h. t* & Zaſ. 2. *intellect. ſing. 6.* diſtinguunt, an ex vulnere ſecūdo ſtatim examinatus fuerit ſeruus, annon: vt illo caſu poſterior tantum, hoc vterque de occiſo teneatur; facit *l. 15. §. h. t.* vbi ſi ſeruus lethaliter vulneratus à Titio, poſtea ruina vel naufragio perierit, cum Titio de occiſo agi poſſe negatur. In eo autem peccat Tr. quod quæſtiones diuerſas de pœna plurium ex L. Aq. & ex L. Cornelia. confundit: & de hoc caſu tantum tractat Clar. *in § homicid. n. 37. & ſeq* & facilius eſt vt quis ex L. Aquilia teneatur de occiſo quam ex L. Cornelia, de quo agitur infra loco ſuo p. 2. diſp. 32.

THESIS X.

L I T. A. & ſeqq.

Primo hoc docet Tr. quod actio directa & vtilis, dicatur tum ex parte agentis. tum ex parte rei. Deinde notandum eſt, quod actio in factum dicatur æquiuoce: quod ſcilicet aliquando actionem prætoriam ſubſidiariam, *l. 1. de præſcrip. verb.* aliquando etiam actionem vtilem eiuſdem deſignat: Ex quo conciliandi ſunt textus *in d. l. 11 & in §. vlt. Inſt h t. cum l. 9 in prin. & l. 29. §. pen. eod.* vbi in caſu quo damnum non corpore ſed tamen in corpus dat: ... eſt actio in factum conceditur: licet Acc. *in d. §. vlt. Inſt. h. t.* conc... actio-

Digitized by Google

actionis vtilis & actionis in factum admittat ex ſententia Iohannis. Illud paulo inſubtilius dicitur lit. D. quod actio ſubſidiaria prætoria ſit ex L. Aquil. quoniam ſi ex L. Aquil. agi potuiſſet, ſubſidio prætoris nõ fuiſſet opus: & ideo rectius dicitur hæc actio accommodata eſſe L. Aquiliæ cum ICto *in d. l. 11. de praeſcr. verb.*

LIT. E.

Et quidem duplam illam.] Duplum ad quod agitur contra inficiantem ex natura actionis ipſius ita venire ait, vt etiam actore non petẽte in illud fieri debeat cõdemnatio. Triplex quæſtio eſſe poteſt. 1. an neceſſum ſit in libello euentualiter & cõditionaliter hoc petere, vt reus negãs condemnetur in duplũ. 2. an ſi in libel. omiſſum ſit, poſt litem conteſtatam nihilominus iure peti poſſit. 3. an ſi neutrum factum ſit, iudex ex officio nihilominus etiam non imploratus, in duplum condemnare poſſit. Tertiũ hoc probari à Tre. & verba ipſa arguunt, & ex ijs colligitur, quos Tr. pro diſ. citat, qui docent, iã olim inter veteres controuerſum hoc fuiſſe, an neceſſum ſit cõditionaliter hoc in libello peti, nec ne: quã vtramq; opinionem proponit Bald. *in l. 4. C. h. t. col. 4.* vbi poſteriorem non improbat, ſed priorẽ ait eſſe tutiorẽ. Sal. ibid. magis probat opinionẽ Gulielmi de Suzaria quod exprimere in libello neceſſe non ſit *arg. l. edita C. de edend.* vbi edicto perpetuo libelli emendatio permiſſa traditur: ex quo patet requiri à Sal. vt iudicio poſt litem cõteſtatam hoc petatur: quod proculdubio etiam ſentit Sichard. *in d. l. 4. n. 11.* vbi ſtatuit niſi hoc in iudicio allegatum ſit, nullam eius a iudice haberi rationem. Et facit pro hac ſententia *l. 4. § vlt. de noxal. action.* vbi qui ſolidum egit & ſcientiam domini arguit, dicitur poſſe mutata ſcientia petere, vt ſeruus noxæ dedatur, & vice verſa. Itaq; dicemus ineſſe hoc actioni, vt licet formulæ hoc inſertum non ſit; iudex tamen eius rationem poſſit habere, modo ab actore ſit petitum: eoq; falſa erit ſententia Tr. qui ſimpliciter actore nõ petente in duplum reum condemnari affirmat.

LIT. F.

Origine ſua pœnalis.] Duplicem huius rei reddit rationem, quod inficiando creſcat, & quod non tempus damni dati, ſed retro inſpiciatur. Prior ratio originem non reſpicit, ſed ex accidẽti eſt: quod & de poſteriori tentari poſſit, quod etiãm ex accidenti videatur, vt res retro ſit pluris, cum etiam potuerit fuiſſe minoris: quamuis fatendũ ſit autorem huius legis, dum retro damnum æſtimari voluit, in pœnam rei hoc ſtatuiſſe, & quanto pluris res fuiſſet conſideraſſe. Vtroque plane reſpectu actio hæc mixta pœnalis dicitur *in §. vi autem 19. l. d. act. iunct. §. 9. l. d. L. Aquil.* Quibus addi poſſit ratio tertia, *ex §. 10. l. eod.* quamuis id rationem pœnæ, ſed potius, rationem intereſſe habeat.

LIT. G.

In heredes non datur.] Ex eo quod actio hæc pœnalis, & inde in heredes non dari dicitur, infert. Tr. in alleg. quod actiones ex delicto rei perſecutoriæ in hæredes dẽtur in ſolidum. Quæ propoſitio admittenda nõ videtur quod regula hęc iuri potius conuenit: nullas actiones ex delicto deſcendentes in heredes in ſolidum porrigi, etiamſi contineant rei perſecutionem quod probatur exemplis *l. 7. §. vlt. de tribut. act. l. 4. vlt. cum trib. ll. ſeq. de alien. iud. mut.* Neq; obſtat *§. 9. l. h. t. in fin.* vbi ideo tranſire negatur hæc actio, quod ſit pœnalis, quo pertinet *l. 1. §. vlt. l. 2. & 3 & §. 1. de vi arm. iunct. l. 35. de O. & A.* etenim actiones perſecutoriæ diuerſimode dicũtur: tum quæ opponũtur actionibus dupli vel tripli, vt tamen ijs dolus vindicetur & coerceatur: tum quæ quod ex patrimonio noſtro nobis abeſt, perſequãtur: in quibus demũ vera eſt aſſertio Tr. & eo pertinet cõdictio furtiua, quæ rem ablatam & ſimplicẽ eius æſtimationem perſequitur, & reuera ex delicto nõ eſt, quæ de re agitur *inf. diſp. 22. th. vlt.* Explicata igitur homonymia verborũ, *pœnæ: et perſecutoriæ*, nõ difficulter iſta res cõponi poſſe videtur.

Et libero homine occiſo.] Negat actionem Aquil. heredibus, ſi liber homo fuerit occiſus, neq; valere arg. à contrario cum textus repugnant: quos tamen expreſſos video nullos, neque veroſimile eſt. Dd. vulgo, quos citant Gomeſ. & Cou. in ſententiam legibus expreſſis contrariam deſcẽſuros fuiſſe. Diſtinguẽdum putauerim, an qui ex vulnere mortuus eſt, ante aliquam diu decubuerit, operatum iacturam & impenſas fecerit, an ſtatim exanimatus fuerit. Illo caſu actionẽ vtilem defuncto quæſitam in heredes trãſire dixerim: hoc aut. cum nullã habuerit occiſus, nullã quoq; in heredes trãſmitti potuiſſe. Illud n. falſum puto, quod Gomeſ. *cit. loc. n. 38.* tradit ſi occiſus fuerit officialis, ſalariũ tot ann. quot viuere potuiſſet, actione L. Aq. heredes conſequuturos.

LIT. H.

Verba ſub hac lit. (*vt actio furti & L. Corneliæ de ſicar. quæ ſe mutuo non conſumunt.*] Non de concurſu harum actionũ, quæ inepta dubitatio eſſet, ſed de concurſu alterutrius, cum actione L. Aq. ſunt exaudienda. Et alia regula iuris quod neq; actiones duæ ciuiles, ex quibus altera pœnalis,

Digitized by Google

nalis, altera rei perſecutoria eſt, neq; actio criminalis & ciuilis ſeſe mutuo conſumant, ſed vtraq; liceat experiri. Quam poſteriorem partem videtur oppugnare *l. 4 d. publ iud. & l. 17 §. de iniur.* Exiſtimo autem *d. l. 4* quod per ciuilē actionem fiat præiudiciū actioni criminali, accipiendam ſiue ita, vt interim dum cauſa ciuilis pēdet, non debeat intentari criminalis actio, eoq; prætorem non facile debere permittere, vt prius ciuiliter agatur *arg. l. 7. §. 1 de iniur.* cum etiam iuris ordinarij ſit vt cauſa criminalis præmittatur ciuili *arg. totius tit. C. de ord. iud.* de quo aliquod dictum ſupra diſp. 12. th. 13. ſiue ita vt ſi ſuccumbat actor, non concedatur actio criminalis, ſecus autem ſi vincat. Cæterum *in d. l. 7.* exceptio eſt ad regulam *tit. C. quando actio ciu. & crim. &c.* vt videlicet ciuilis actio admiſſa, etiāſi vicerit actor conſumat criminalem, quando illud principaliter eſt in actione ciuili, quod etiam venit in criminali: quod euenire ſolet in actiōe ciuili iniuriarum, quoniam hæc non ad intereſſe vel damnum datum, aut quod nobis abeſt ex patrimonio perſequendum ſed ad vindictam eſt comparata facit quod iſta actio eſt quaſi generalis, vaga & incerta, & quæ etiam cauſis criminalibus accōmodari poſſit. Porro priori membro regulæ propoſitæ non obſtat, quod actio quoq; L. Aq pœnalis dicitur: vel quia reuera nō pœnalis eſt, neq; in duplum vel triplum ſit L. tātum aliquo reſpectu & caſu: vel quia etiam pœnales actiones plures non ſemper ſe conſumunt, de qua re alibi plenius erit agendum.

LIT. I.

Vel id quod in altera minus eſt] Ita cōcurſu actionis commodati & actionis L. Aquil, ſi illa prius actum ſit, ſupereſt hæc, in quantum minus eſt in illa *l. 7. § 1 comm.* cui tamen non parum obſtat *l. 34. in fi. de O & A.* Triplex eſt iſtius loci lectio: prima cum duabus negationibus, *ſed verius eſt non remanere, quia ſimplo accidit, & ſimplo ſubducto locum non habet.* Quam lectionem etiam agnoſcit Accurſius, eaque ſtante ita hos textus conciliat, vt in altero de æquitate, in altero de ſtricto iure agatur. Et videtur omnino hæc lectio negatiua, *non remanere*, eſſe ad mentem ICti, quam confirmat ſubiecta ratio, quod illud plus, cuius in L. Aquil. tertio habetur ratio, ſit merum acceſſorium ſimpli tanquam principalis, quod vbi actor iudicio commodati conſequutus ſit, amplius actione L. Aqu. nequeat experiri: veluti in ſimili fructus & vſuræ, quæ officio iudicis accedunt ſpeciali actione non petūtur: & non ſatis hic ICtis cōuenisse, iudicio ſunt verba Vlp. *in d. l. 7. §. 1.* *quod videtur habere rationē.* Altera lectio eſt ſub ducta vtraq; negatione, *ſed verius eſt remanere, quia ſimplo ſubducto locū habet,* quam probat Hotto. 8 *obſ. 9 & illuſt. q. 29 in fin.* Verum hæc electio contortam deſiderat explicationem verborū *ſubducto ſimplo,* id eſt delibato & computato, vt videlicet in reſiduum ſuperſit actio: quam etiam explicationem plane reſpuit ratio ICti, *quia ſimplo accidit.* Tertiam lectionē habent exemplaria vulgata & Florentina: *ſed verius eſt remanere, quia ſimplo ſubducto locum non habet.* id eſt, vt hoc explicat Accurſ. non habet locum quoad ſimplum, quod ex iudicio cōmodati iam præſtitū fuit. Quæ explicatio & ita ipſa lectio & ratione dubitandi caret, & perſpicue inepta eſt.

Sed cumulatio quam Dd. vocant.] Valde Tr. placuit ſententia hæc Obrechti quam propoſuit etiam ſupra *diſp. 11. th. 13. lit. A.* quod cumulatio actionum, à concurſu toto cœlo diſtet. Ego vero non dubito ingentem hanc eſſe hyperbolen & longe hic errare Tr. ſiquidem ex notatis *ad d. th.* 13 colligere licet, poſtquam ipſi magiſtratus de cauſis priuatis cognoſcunt, coniūctionem duarum actionum cognatarum in vno libello, nec quidem valde à ratione iuris noſtri abhorrere.

Iure Sax non permittitur] Differentiam hic notat iuris ciuilis & Sax quod ex hoc in concurſu actionis ciuilis & criminalis, illa intentata hæc conſumatur, autoritate Glo *art. 43 lib 3.* Landrecht *n. 5.* Verum fortaſſis gloſſæ quæ textu deſtituitur, ea autoritas habenda non eſt, vt inducat differentiam iuris ciuilis & Sax. Deinde non dubito errare hic Tr cum Fachſio, referente hoc inter differentias iuris ciuilis & Sax. ſiquidē Gl. cit. loc. hoc minime tanquam differentiā ponit, ſed tanquā iuri ciuili cōſentaneum, ex ipſo iure ciuili probatur, citatis *l. 6. & 7 d. iniur.* in quib. eſſe ſpecialē caſum, paulo ante oſtenſum fuit.

THESIS XI.

LIT. B.

Actionē in quinquaginta aureos quæ libero homine occiſo competit ait mere eſſe pœnalē, ſed cum de alio damno agitur, perpetuam & rei perſecutoriam. Cui poſteriori ſententiæ omnino contradixit. quod vt ipſe tradit, vbi de alio dāno agitur actio in duplum eſt & ſane ea in heredē non datur *l. 5 § 5 de his qui deiec.* Cæterū animaduertere debuit Tr. actionem illam in 50 aureos ideo in ſpecie pœnalem dici, quia nullū ibi ſimplum, nec vlla damni æſtimatio conſideratur, *l. 5. §. d. tit.* cæteroquin actionem in duplum

pœna-

Digitized by Google

pœnalem eſſe nunquam negauerit ICtus. Siquidem ſi perſecutoria eſſet, etiam in heredem daretur contra *l.5.§. h.t.* vt adeo duplex ſit oppoſitio harum actionum. 1. quod illa quæ homine occiſo datur, eſt popularis, altera in duplū damni dati eſt mere priuata. & hinc 2. quod illa non competit iure hereditario, nec datur heredi qua heredi, hæc autem ſecus *d.l. 5. §. 5.* Accedit 3. quod illa eſt annalis, hæc perpetua *d.§.5.* in quo fatendum eſt aliquid ſpeciale eſſe in hac actione prætori pœnali *per l.35. de obl. & act.* forte propter vtilitatem & ſecuritatem ciuium: quemadmodum etiam ſpeciali cauſa actio furti manifeſti prætoria perpetua eſt. Et illam ſpecialitatis rationem recte reddit Accur. *in d l.5.§.5* minus autem recta eiuſdē prior explicatio, quod ſit perpetua tantum quoad ſimplum, intra annum autem tantum in duplum detur: & tamen Tr. ſimpliciter eam perpetuā & rei perſecutoriā facit.

LIT. C.

Proponit hic alterum edictum quod extat *in l.5.§. de his qui deiect. &c.* ex quo in decem ſolidos actio datur contra illos qui in Suggrunda circa publicum aliquid poſitum habent, cuius caſus nocere poſſit: & ſubjicit Tr. hæc verba, *qui poſuerunt inquam, non qui in illa domo habitant* cit *l. 5 §.12 d.tit.* & ad eum explicatione Henrici Suerin. *1. repet. lect.* 20. Verum aut ego valde fallor aut hæc verba arguunt, neque locum *in d §.12.* neq; Suerin. recte acceptum aut intellectum fuiſſe: quoniam ex edicto illo contra eos qui in domo habitant, non dari actionē vtique falſum eſſe videtur ex collatiōe *d l.5.§ 6. & §.12. de his qui deiec.* vnde tale conficitur argumētū: qui poſitum habet tenetur illo edicto atqui dominus ædium vel inhabitator poſitum habet, imo hi tantum poſitum habent *d.§.12* ergo tenentur ex hoc edicto. Cæterum controuerſia eſt inter Cuiac. & Suerin. de lectione & ſententia *d.§.12* in quo agitur, non de eo qui poſitum habet, ſed qui cum neq; dominus neque inhabitator eſſet, aliquid poſuit, quod poſitum decidit & damnum dedit. Nimirum ille poſitum habere dicitur, qui ædes inhabitat, & vel ipſe poſuit, vel ab alio poſitum eſſe ſcit aut patitur: in quem præcipue pars illa edicti concepta eſt; Si alius in ſciente domino poſuerit, qui poſitum habere non dicitur, hoc edictum ceſſat. Quod ſi tamē poſitum deciderit, ceſſante edicto æquitas poſcit, vt damnū paſſo ſuccurratur, & ad exemplum actionis ex edicto, quæ vt eſt *in d.l. 12.* hic non ſufficit, actio detur contra eum qui poſuit, qui ſc. non obligetur ſicut habitator ex ſola poſitura, ex damno tamen dato vt obligetur æquū eſt. Et hoc eſt quod dicitur *in d l 12.* in eum dari actionem qui poſuit, videlicet ad exemplum actionis ex edicto, quæ non ſufficiat: quod, vt ibi ſubiicitur, non omnis qui ponit, poſitum habuiſſe videatur, niſi ipſe habitator fuerit: eoq; præſupponendum eſt, hoc poſitum fuiſſe ignorante habitatore: qui ſi ſciuiſſet vtiq; poſitum habuiſſe diceretur. & atqui ita actio ex edicto nō deficeret: quoniā ſi ex eo tantū tenetur quod poſitū habuit, etiā & multo magis tenebitur, ſi quod poſitum fuit deciderit,

THESIS XI.

LIT. C.

An contra bonæ fidei poſſeſſorem] In conciliatione textuum ſequitur Cuiac. quod ita non poſſit dari, vt actorem faciat dominum. Quod mihi ſapere nō poteſt: cum de eo dubitare prorſus ſit ineptum: neque ſapiunt conciliationes Accurſ. Dixerim, ſi diſputetur quaſi in idea & abſtracto, & bonæ fidei poſſeſſor cum domino cōparetur, & ei opponatur, recte negari hanc actionem contra bonæ fidei poſſeſſorem. Cæterum interim, dum de domino non conſtat, cuius loco bonæ fidei poſſeſſor eſt, neceſſum eſt huic actioni locum eſſe: quod ſi enim de domino conſtet, alius bonæ fidei poſſeſſor dici nequit. Et vero *in l.28 h t.* non hoc diſputatur, an actio interim detur contra bonæ fidei poſſeſſorem, ſed ſi poſtea dominus ſuperueniat, adeoq; illum dominum non fuiſſe appareat, an recte videatur intentata fuiſſe actio, & an ſubſiſtat noxæ deditio, an potius hæc non præiudicet domino vero, quominus ſeruum à poſſeſſore vindicet. Quod recte negat Affricanus, quia bonæ fidei poſſeſſor inſtar domini conuentus fuit, & ſeruus qui deliquit etiam à vero domino noxæ dedendus fuiſſet.

LIT. D.

Vnde recte deducitur.] Ex eo quod dixerat, intereſſe an domin⁹ ſciat an ignoret, infert noxales actiones eſſe vel ciuiles directas vel prætorias. Ex quo ſequetur, contra dominum ſcientem eſſe actionem ciuilem, cōtra ignorantem, prætoriam. Atqui hoc verum nō eſt, ſed omnino vtroque caſu actio ciuilis eſt: quod vel ex ipſis Treu. deſcriptionibus hac lit. *verſ. prætoriæ*, apparet. Quin actio qua arguitur ſcientia domini reuera noxalis non eſt, quod hic ipſe dominus peccaſſe videatur: facit *l 2. in prin. & l.4.§.1 h. t.* & quod actio noxalis eſt alternatiua.

Qui negat ſeruum.] Imo exiſtimo vbi con-

Digitized by Google

uencus negat ſe poſſidere, actor autem eum poſſidere contendit, actionem eſſe ciuilem, quæ ſc. perinde ac contraſcientem in pœnam mendacij in ſolidum dictatur *l. 21. §. 2. h. t.* quod ſi actor de poſſeſſione dubitans, reo facultatem iurandi concedat iuxta *d. §. 2.* nulla erit actio.

Cui ſeruus ante iudicium.] Falſum hoc videtur quod actio prætoria detur contra eum, cuius ſeruus, qui dolo alienatus fuit mortuus eſt ante ſuſceptum iudicium. Etenim etiamſi ſeruum non alienaſſet, liberaretur: adeoque etiam liberabitur, ſi poſt alienationẽ mortuus eſt: quod & perſpicue ſatis traditur *in l. 26. §. 4. h. t.* hac tantum adiecta limitatione, ſi reus in iudicio accipiendo fecerit moram. Et ergo ſupererit actio prætoria ſeruo adhuc viuente, iuxta *l. 24 h. t.* in qua cum Treut. poſt Suerin. defendi poteſt vulgata lectio, vt ſub noxali actione verbo generalis ſumpro etiam prætoria contineatur: quomodo iam olim ex Azonis ſententia Accurſ. priorem actionem de vtili, poſteriorem de directa interpretatus eſt.

THESIS XIII.

Quærit actio L. Aquiliæ criminaliter intentari poſſit: non ſatis commode, quod hæc actio ſemper ſit ciuilis, neque recte dixeris actionem furti criminaliter intentari. Sed hoc quærendũ eſt, an ſicut ex cauſa furti ita damni dati criminaliter agi poſſit. Quod affirmandum videtur contra Tr. quoniam etiam dolo damnum dari poteſt: eoque corruit ratio Ioann. Fabr. licet Bald. *in l. data opera Cod. de his qui accuſ. non poſſ. num. 8.* contra Cyn. etiam hoc defendat, quod contra eum qui leni culpa faciendo damnum dedit criminaliter agi poſſe: quod forte ex circumſtantijs fuerit aliquando admittendum: ſiquidem non in corpus, ſed pecuniaria pœna veniat infligenda. Plane improbanda eſt Bart. ſententia qui *in l. 3. d. priuat. delict. num. 9.* etiam nomine leuiſsimæ culpæ criminaliter agi poſſe contendit. Ego malim ſequi Cyn. quod ex leui culpa non poſsit fundari actio criminalis: quoniam hac culpa admiſſum in ſpeciem criminis incidere non videtur: quod ſecus defendi poteſt in culpa lata, non obſtante *l. 7. ad L. Cornel. d. ſicar.* vbi de delicto publico & pœna ordinaria corporali imo capitali tractatur.

Ad

DISPVTATIO XIX. DE MIXTIS IVDICIIS.

THESIS I.

LIT. A.

LICET *conſtituto iudicio.*] Ait conſtituto demum iudicio eum actorem intelligi, qui primus ad illud prouocauit. Atqui apparet etiam antequam iudicium conſtitutum eſt, intelligi poſſe quis ad iudicium prouocauerit, & adeo quis actoris loco haberi debeat. Quin imo ante conſtitutum iudicium, vt formula recte concipiatur, & deſuper litis conteſtatio fiat, illud conſtare oportet.

LIT. B.

Dicuntur & actiones mixtæ.] Quatuor ſcilicet modis actiones mixtæ dicuntur. 1. quod ſunt perſonales in rem ſcriptæ, quæ ex facto ſiue delicto aliquo oriuntur, nihilominus tamen ex iuſta cauſa in quemcunque poſſeſſorem dantur: de quibus Gloſſ. *in l. 3. §. eſt autem, ad exhibend.* Zaſ. *in § omnium Inſtit, d. action. num 14. & ſequentib.* 2. quod ſint pœnales & rei perſecutoriæ *§. ſequens. 16. I. de actionib.* 3. quod in ijs vterque ſit actor & reus *l. 17. in fin. d. O. & A.* 4. quod ſint in rem & in perſonam *§. quadam 20. Inſt. d. action.*

Non minus in rem quam in perſonam.] Hæc loquendi formula efficit, vt magis videri debeant in perſonam quam in rem, cui tamen refragatur, quod ipſe ſtatim ſubijcit, magis & principaliter eſſe in rem, ſed tantum per conſequentiam in perſonam. Et hoc tamen non ſupplicirer admittendum videtur, quod alias non recte dicerentur mixtæ: & vero referuntur inter perſonales *in §. 3. Inſtitut. de obligat. quaſ. ex contractib. § actionum 28. Inſtitut. d. action. l. 1. §. 1. Cod. d. annal except. l. 1 fin. regund. l. 22. § penult. famil. erciſc.* & præſtationes perſonales quarum reſpectu actiones iſtæ perſonales vocantur, non ex accidenti aut per conſequentiam, neque tanquam acceſsiones ſed principaliter veniunt: ex quo etiam eſt quod actiones iſtæ longi temporis præſcriptione non excluduntur, de quo infra. Dicuntur igitur hæ actiones mixtæ, quoniam ratione præſtationum perſonalium ex quaſi contractu deſcendunt, & reſpectu communionis cuius ſeparatio petitur, & dum quiſq; partem ſuam pro indiuiſo vindicat, iure quodã

 domi-

Digitized by Google

dominii intentari videntur *dict.* §. *Inſtitut. d. obligat quaſ. ex contract. l. 1. fin. regund. l. 1. commun. diuid.* idque eſt quod dicitur *in l. 22. § penult. famil. erciſcund.* iudicium illud conſtare ex duobus, id eſt, rebus atque præſtationibus. Ex quibus corruit eorum ſententia, qui nullas actiones mixtas eſſe contendunt, Donell. in §. quædam 20 I. d. act. Iaſon. ibid. in princip. (vbi impoſſibile dicit vt vna actio ratione originis ſit realis & perſonalis Anton. Fabr. 20. *coniect.* 9. qui quoniam à ſe demum ſententiam vulgatam ſolide confutatam arbitratur, operæ pretium fuerit, quæ ad confutationem illius ſententiæ ab illo proponuntur paulo accuratius examinare. Primum argumentum ſumit à diuiſione actionum in rem & in perſonam ex §. 1. *I. d. action.* Verum ipſe Iuſtin. diuiſionis iſtius autor, tertiam ſpeciem proponit: Deinde tertia illa ſpecies non introducit membrum tertium, ſed de vtroque participat, & ex vtroque componitur: & alias per eandem diuiſionem excludendæ eſſent actiones in rem ſcriptæ: neque illa accuratior & exacta ſpecierum appoſitio in materia iuridica deſideranda eſt.

Alterum argumentum eſt quod cum fieri nequeat quin alterutrum verum ſit in omni actione, ut is cum quo agitur vel obligatur ſit vel nō, fieri etiam nequeat, vt vlla actio ſit, quæ non ſit vel in rem vel in perſonam. Sed iam reſponſum eſt mixtas actiones non conſtituere tertium genus ita, quaſi ſint neque in rem neque in perſonam, ſed quod ſint & in rem & in perſonam. & hoc quidem citra nullam contradictionem, quam tollit diuerſitas reſpectus: quod quis hic & rem ſuam pro parte vindicat, & ſimul fructuum perceptorum vel impenſarum factarum partem petit & repetit. Vnde etiam corruit, quod ſubijcit Faber fieri non poſſe, vt aliquis proponendæ actionis caſus ſit, actorem vel intendere, aduerſarium dare facere oportere, vel non intendere: & quod formulæ actionis in rē & in perſonam ſe non compatiantur *argum.* §. *ſic itaque 14. I. d. action.* Etenim ex iam dictis apparet, quod actiones iſtæ duplicem & originem habeant, & intentionem. Et ſicut Fab. admittit diuerſis reſpectibus citra contradictionem eandem perſonam actoris & rei partibus fungi poſſe, ita quoque diuerſis reſpectibus ead. actio in rem erit & perſonam. Et proinde temerarium, quod ille contra fidem omnium exemplarium ex *d.* §. 20. expungit verba, *tam in rem quam in perſonam*, quibus vel ideo opus erat, quod iam ante *in* §. 16. de alio genere mixtarum actionum egerat Iuſtin. Nec minus falſum eſt, quod eod. capite tradit actiones in rem ſcripras eſſe inter perſonales, ita quidem vt etiam de petitione hæreditatis, quam certum eſt in rem potius eſſe, idem affirmare non erubeſcat: & illud valde ſuaue, quod ad probandum, actiones in rem ſcripras & petitionem hæreditatis in omnibus perſonalium actionum iure cenſeri, (quod quidem manifeſto falſum eſt) vnicum hoc affert, quod longi temporis ſpatio non excluduntur: ſicut & eiuſdem vitioſa eſt ibidem explicatio *l. 7. in pr. C. d. petit. hæred.* Et improuida illa, à ratione iuris abhorrens probatio, ideo actiones in rem ſcriptas eſſe perſonales, quod in iis agatur ad dandum vel faciendum, veluti in petitione hæreditatis ad reſtituendum. Quo quidem modo bonus ille Faber etiam rei vindicationem fuerit perſonalem: neque digna ICto illa verba *facere*, in formula actionis perſonalis, explicatio eſt, *vt* pro, *reſtituere*, accipiatur. Ex quo intelligi poteſt, quantum aberrent à ratione iuris, qui inde quod actione *fam. erciſ. & comm. diuid.* res diuidi petatur, actiones illas perſonales eſſe probant: cum tamen hoc ipſo illæ actiones in rem ſint, ſiquidem peterent vt res diuidatur, nihil aliud eſt, quam rem pro parte vindicare: & oſtendit §. 3. *Inſtit. d. oblig. quaſi ex contract.* eo tantum reſpectu, qui concurrunt fructus & impenſas, iſtas actiones ex quaſi contractu, & ita perſonales eſſe. Ratio autem rationis, qua vtuntur quod ita petatur aliquid fieri plane inſubtilis & abſurda eſt: quod ita omnis omnino actio in perſonam futura eſſet, & vt iam dictum longe aliter verbum *facere vel fieri*, in formula actionis perſonalis eſt explicandum. Plane ſententiæ huic de mixtis actionibus nihil obſtat, quod ſemper dentur contra eundem, quæ certa videtur nota actionum in perſonam *argum l. 25. de oblig. & action.* Etenim ſi hoc ex accidenti quod vnus idemque ſemper eſt partis illius quam his iudiciis vindicamus poſſeſſor, nimirum ſocius aut cohæres: & tamen ſi hæres partem ſuam vendiderit, contra alium hæc actio mouebitur.

THESIS II.

Lit. C.

Stricti iuris.] Hanc actionem ſtricti iuris eſſe probat eo fundamento quod fructus veniant demum poſt litem conteſtatam. Quæ ratio non concludit, quoniam quod dicitur *in l. 4.* §. 2. poſt litem

litem conteſtatam venire fructus, hunc ſenſum habet, quod omnimodo veniant, etiamſi ſint conſumpti de extantibus autem etiam ante litem conteſtatam perceptis, nec dubitatur, quin illi ſint reſtituendi: in ſtrictis autem iudicijs ita ius eſt vt fructus ante litem conteſtatam percepti nullo modo præſtandi ſint etiamſi extent *l. 38 § 7. d. vſur* adeoque in eo quod proponitur *in d l. 4. §* 2. actio illa non perſonalis actionis, ſed vindicationis ſequitur naturam: in qua poſt litem conteſtatam omnes omnino fructus ante percepti non niſi extantes a bonæ fidei poſſeſſore præſtantur: & iam ante oſtenſum eſt, quod diuiſio actionum in bonæ fidei & ſtricti iuris, nõ diuiſio prima, ſed actionum perſonaliũ ſit ſubdiuiſio: neque citati Myns & Zaſ. hac ratione vtuntur: ſed ille ſimpliciter proponit, quod *in act. tr. iur* fructus veniant à tempore lit. cont hic *in §. actionum 28 l. d. act. in 18. & 19* alia ratione actionem. *fin reg. bonæ fid* eſſe negat.

Neque enim mentio fit.] Communis iſta opinio eſt, nullas actiones bonæ fidei eſſe præter enumeratas *in §. 28. Inſt. d. act.* quæ ſententia ex tam operoſa, & plurimarum actionum recenſione, citra vllam adiectam clauſulam, quaſi eſt *in § in perſonam 8. & in § pœnalis 12. & in 9. in ſimplicem 22. l. eod. tit* confirmatur. Sed obijci ſolet præter *l 2. § 2. in fi. d precar* vbi actio illa ex bona fide naſci dicitur *l. 66 d. cond. ind.* vbi actio funeraria ex bono & æquo oriri dicitur. Neque deſunt, & ex eorum numero Hott. qui actiones omnes præſc. verb eo quod ſimiles ſint contractib. locati, & mandati bonæ fidei eſſe exiſtimant: & ſiquidẽ actio ex articulo do vt des eſt bonæ fidei, vix eſt, quin etiam ſint & reliquæ. Verum autem prius, qui actio ex contr do vt des eadem eſt cum actio ex permutatione (vt probatur *infr. diſput.* quæ in ſpecie proponitur *in d. §. 28* forte ideo quod permutatio nominis vice fungitur Reſpõderi autem poteſt dupliciter. 1. quod *in d. § 28.* tantum contineantur actiones quæ ex conuentionib. & quidem nominatis deſcendunt, non aliæ extraordinariæ, & ſubſidiariæ quæ fortaſſis cum bonæ fidei actionib aliquam habent affinitatem, & condictionum ideo fortaſſis mentio nulla, quod illæ non ſint indeterminatæ & vagæ, neque forte certam & ſolemnem, vt aliæ actiones, formulam habebant. 2 quod *in d § 28.* tractetur de actionibus, quæ ſimpliciter & plene bonæ fidei ſunt, poſſe autem aliquam actionem in aliquo participare naturam bonæ fidei actionum vt tamen protinus & ſimpliciter actio bonæ fidei non ſit perhibenda: arg. eſt actio ex teſtamẽto quæ ſtricti iuris actionib. *in l. 5. § vlt. iuncta l. 6 in lit. iur.* accenſetur, licet in quibuſdã actionum bonæ fidei naturam imitetur *l. 34. d. v. ſur. l. 3 C. in quib cauſ integ. reſt.* Accedit 3. q. fallacia homonymiæ committitur in verbis, *ex bono & æquo, & fide bona*: ſiquidem aliud eſt actionem eſſe ex bono & æquo, id eſt, æquitatem ſuadere vt actio naſcatur, aliud actionẽ eſſe bonæ fidei. Ex quo etiam reſpõderi poteſt in terminis hui' actionis fin reg. *ad §. 20. I. d act in fin.* vbi dicitur cõdemnationem fieri ex bono & æquo quæ videtur proprietas eſſe actionum bonæ fidei *arg §. 29 d. tit.* quoniam aliud eſt adiudicationes fieri ex æquo & bono aliud ex æquo & bono iudicari quantum præſtandum ſit: & pertinet id adeo ad rationem adiudicandi, in re communi, quæ exacte diuidi nõ poteſt: vt proinde neceſſum ſit, aliquãdo vni plus, alteri minus compenſationibus in pecunia factis ex æquo & bono adiudicare, quod pluribus proponitur *in §. pen I. d off. iud.* Non deſunt etiam, qui iſtam actionem fin. reg: putant eſſe arbitrariam *arg. l. 4 §. 3. h. tit.* Verum non eſt ibi iuſſus de reſtituendo ſed de alia qua re ſecundum naturam actionis facienda, quod ſi non faciat reus ob contumaciam mulctatur *§. 6. l. d. offic. iudic.*

Differentiam iure Canon.] Probo hanc ſententiam Treu. diſtinctionem illam actionum bonæ fidei & ſtricti iuris, Iure Can. nõ eſſe ſublatam: quod circa expreſſos textus diuerſitas iuriũ ſtatui non debet: cum præſertim iſta differentia à conditione & qualitate ipſorum contractuum pendere videatur, vt in quibuſdam tantum nominatim expreſſa veniant, & aliter atque aliter fructuum vſurarumq; præſtatio habeatur & ineatur, de qua re non male agit Cor 2. *miſcellan* 8.

Pacto bonæ fidei fieri poſſe] Multæ & variæ contractuum & iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris differentiæ ſunt: quarum aliquæ per mutationem proceſſus, poſtquam ipſi magiſtratus iudicare cœperunt, ſublatæ ſunt, veluti quod exceptiones olim bonæ fidei iudicijs inerãt, quod in ſtricti iuris iudicijs exceptiones corã prætore proponendæ & ipſi formulæ inſerendæ erãt, de quibus ſuis locis tractatur: aliquæ circa præſtationem vſurarum & fructuum verſabantur *l. 34. d. vſur. l 38 § 7 eod.* quas pacto variari, & quoad hunc effectum ſtricti iuris actiones naturam bonæ fidei actionum aſſumere poſſe, defendi poteſt, maxime ex eorum ſententia, qui pacta in continenti adiecta etiam ſtricti

Digitized by Google

iuris contractibus ineſſe exiſtimaut; facit quod dicitur *in l.27. d. reg. iur.* actionum modum pactis ſtatim adiectis mutari poſſe. Superſunt autem differentiæ aliæ, de iudicando ex æquo & bono etiam ſuper ijs, quæ expreſſæ non fuerunt, de æſtimatione rei peremptæ, diuerſo tempore ineunda *l.3. comm dati, &c.* quas omnes pacto tolli poſſe non facile quis dixerit: eoque contractus ſiue actiones ſtricti iuris pacto quidem nõ plane tranſmutari, ſed tamen alterari poſſe ſtatuemus: ſicut & actio ex teſtamento, de qua paulo ante dictum.

THESIS III.

LIT. A.

Adhærentium iuriſdictionum.] Schneid. (etenim Bart. & Mynſing. cit. loc nihil tale habent) aliquid ea de re meminit, ibi videlicet: de iuriſdictione tanquã acceſſoriæ finium territorij, qui regendi & diſtinguendi ſunt, tractatur: cæterũ hac actione principaliter de diſtinguenda iuriſdictione vt agatur, non videtur conuenire rationi. Sed & intelligendum hoc eſt de ijs, qui iure proprio iuriſdictionẽ habent, territorio quodammodo cohærentem: eoque iure noſtro Romano, quo omnes iuriſdictionem mero & ſimplici magiſtratus iure habent, huic ſententiæ locus non eſt.

LIT. E.

Tradit hic quod hæc actio detur ad fructus poſt litem conteſtatam perceptos. Minus accurate, quia fructus etiam ante percepti adhuc extantes reſtituendi ſunt *l.4. § 2. h. t.* quod ipſe in allegatis nõ obſcure admittit, vbi fructuum cõſumptorum meminit: vtcunque enim bona fide percepti ſint, adhuc tamen extantes veniunt in hoc iudicium: quoniam vt paulo ante dictũ hactenus actio hæc naturam actionis in rem imitatur. Illud paulo inconcinnius dicitur, fructus perceptos fieri conſumentis: quoniam perceptio à conſumptione longe eſt diuerſa: de qua re actum ſupra diſp. 15. th. 11.

LIT. F.

Sed etiam quaſi in contractu.] Dubium mouere poſsit, quod *in §.3. Inſtitut. de obligat. quaſ. & cont.* vbi iudicia mixta proponuntur, nulla huius actionis mentio fit: & quod in *§. pen. I. de off. iud.* eo nomine in hac actione quis condemnandus dicitur, quod circa fines aliquid malitioſe commiſit: vt ita hæc actio videri poſſit mixta in rem & ex delicto. Verum vtcunq; etiam delictum hic incidere poſſit, nihilominus tamen, alias præſtationes perſonales hic venire, docet *l.4. §.1. h. tit.* ſi quis aliquam vtilitatẽ ex eo loco perceperit: ſecuti & eius quod quis bona fide in locum, qui in hac actione vicino adiudicatur impendit, rationem haberi æquum eſt; vt proinde recte hæc actio etiam ex quaſi contractu, non minus ac reliqua duo mixta iudicia, cũ quibus *in §. 20. Inſt. d. action.* coniungitur, deſcendere dicatur.

THESIS IV.

. Proponitur hic vulgata quæſtio, ſi quis in cõfinio occiſus reperiatur, cuius ſit cognitio ſuper homicidio. Intelligendum autem eſt fines non eſſe communes pro indiuiſo, ſed vicinos, & ſeſe quaſi contingentes. Non recte autem Tr. circa iuriſdictionis diſtinctionem verſari ait: quoniã de iuriſdictione conſtare præſupponitur, & hoc quæritur vter ius cognoſcendi ſuper crimine vindicare ſibi poſſit. Tres hic ſunt opiniones, quarum prima vult conſiderari locum, in quo caput reperitur *argum. l.44. de religioſ.* Verum deciſio huius quæſtionis nullo modo dependet à præſtantia partis, ſed petenda eſt ex coniecturis, quibus in hoc vel illo loco homicidium cõmiſſum colligatur, maxime ſi caput à trunco auulſum proponatur. Alij pro eo pronuntiant, in cuius territorio infima pars corporis, veluti pedes reperiuntur. Sed hæc coniectura valde ſæuis eſt, quod rariſſime contingat, ita quem occidi, vt citra illum motum corporis protinus corruat. Eoque potius deſcendam in ſententiam Treu. qui ad vtrumque cognitionem pertinere tradit, quæ etiam eſt Bald. *in l. arbor. 19 comm. diuid.* Quarum opinionem nouiterq; proponit Bocer. *d. iuriſd. c.9. num. 2.* illum locum potiorem eſſe, in quo homicidia ſterit. Verum nec dubitarunt Dd eius loci rationem habendam eſſe, ſed hoc ipſum magis dubium eſt, in quo loco ſteterit homicida & in dubio quidem ibi ſtetiſſe præſumitur, vbi ipſe occiſus reperitur. Illa vero Bocer. coniectura eſt incertiſſima, vt ex loco vulneris, an aduerſum, an auerſum ſit ea de re ſtatuatur: ſiquidem contingere: vix poteſt, vt citra vllam agitationem aut vacillationem vulneratum corpus recta procubuerit, ſunt denique qui occupantis conditionem putant eſſe periorem. Et hæc de caſu cadaueris, quod homicida non mouit, ſolet autem frequenter fieri, vt corpora occiſa ab homicidis in alium locum pertrahantur: ad quem caſum pertinet altera pars theſ. verſ. quod ſi occiſus. &c. cuius deciſio à Treut. propoſita, aut nullam aut exiguam continet dubitandi rationem.

THESIS V.

Duo tantũ leuicula in hac th. notanda occurrunt, 1. q lit. E, aut iudicem litem debere dirime-

re

Digitized by Google

te aſſignatis finibus per agrimenſores vel etiam arbitros. Neque enim intelligo quale hoc ſit genus arbitrorum, per quos fines aſſignentur, quorum nuſquam in iure mentio: ſiquidem *cit. l.44.d.recept.arbitr.* eũ caſum proponit, quo ipſæ partes ſuper controuerſia fin.regund in arbitros compromiſerunt. Et *in l 7.h.t.* arbitri non a iudice controuerſiæ, ſed pro prætore dati intelligẽdi videntur, niſi forte Tr. per iudicẽ ipſum prætorem intelligit. 2. quod de controuerſia etiam citra litis conteſtationem decidenda proponit, Bald. *In l 3.C.h.tit.* vtramque ſententiam refert, ſed illam quæ litis conteſtationem requirit, ait eſſe tutiorem. Videri fortaſſis poſſit Cõſtantin. *in d l. 3.* aliquid noui cõſtituiſſe: ſed & iudicium hoc ſummarium eſſe videtur, & cum cõtrouerſia finium per ipſa rerum momenta non raro decidi poſſit, nihil abſurdi eſt, ſi in cauſa propter contumaciam partis, (de quo diſerte caſu agitur *in d l.3.*) in cauſa pronuntietur.

THESIS VI.

LIT. A.

Quod in pr. th. de cuſtodiendis finibus vel antiquis, vel nouiter conſtitutis, proponit Tr. totidẽ fere verbis traditum eſt th. præc. lit. B & C.

LIT. B.

Quod vt rectius fiat.] Dicere potius debebat, vt in poſterum fines ſarti tecti manerent, neque in eos quid attentaretur: hoc enim efficit animaduerſio, cuius ſtatim mentio fit, limites autem ea non definit.

Latam à Solone legem.] Proponitur ea *in l fin. h.t.* eiuſque pars, de Aſcrobe, olea, & alia arbore, refertur à Plutar. in vita Solonis, cuius verba, quoniã rationem legis proponunt, adſcribere libet, τοὺς μὲν ἄλλο τι φυτεύοντας ἐν ἀγρῷ, πέντε πόδας ἀπέχειν τοῦ γείτονος κελεύοντας, τοὺς δὲ συκῆν ἢ ἐλάαν, ἐννέα. Πορρωτέρω γὰρ ἐξικνεῖται ταῦτα ταῖς ῥίζαις, καὶ οὐ πᾶσι γειτνιᾷ τοῖς φυτοῖς ἀσινῶς, ἀλλὰ καὶ τροφὴν παραιροῦνται, καὶ βλάπτουσαν ἐνίοις ἀπορροὴν ἀφίησι. βόθρους δὲ καὶ τάφρους τὸν βουλόμενον ἐκέλευσεν ὀρύσσειν ὅσον ἐμβάλοι βάθος ἀφιστάμενον μῆκος τ' ἀλλοτρίου.

In vrbanis etiam prædiis.] Vix apparet ratio, qua lex illa Solonia ad prædia iſta transferri poſſit: neque hanc opinionem cuiquam imputatã video à Schneid. vel Accurſ. qui ſaltem *in d. l. vlt. h. tit.* obiectionem mouet *ex l. Meniana C. d. ædific. priuat.* & recte reſpondet ſpeciale eſſe in hoc genere ædificiorum, cuius ſpecialitatis ratio petenda eſt ex iis, quæ tradunt Forner. Cuiac. & Gœd *in l malum 242 t. d V.S.*

LIT. C. & D.

Tractatur hic de officio iudicis, & ait Tr vtile eſſe animaduertere in eos qui contumaciæ nomine ſunt condemnandi Hoc obſcurius dici videtur, quod alias hæc ipſa cõtumaciæ pœna ſit, vt quis cõdemnetur, neque fere aliter ſimplices contumaces ſoleant coerceri. Plane ſi cõtumacia ſpecialis & inſignior occurrat, qualis lit. C. proponitur, ſi quis iudici agrosmetiri iubenti obſiſtat, cõtumaci mulcta poterit iudici: id autẽ non ſatis commode dicetur, *animaduerti in eũ, qui ex contumacia eſt condemnandus,* quod condẽnatio cauſam principalem per ſententiã definitiuam decidendã, reſpiciat Ait deinde animaduertendũ eſſe in eos, qui aliquid malitioſè circa fines cõmiſerunt. Atquin poteſtatẽ iudicis ſiue arbitri fi. reg. de quo hic agitur, id excedere videtur: vt animaduertat in ita delinquentes neq; id niſi inſtituta criminali actione, de qua th. ſeq. fieri poteſt. Neque obſtat § *pen Inſt d off iud.* qui non de animaduerſione tali, ſed æſtimatione damni, & eius quod intereſt, tractat. Nihil autẽ ad rẽ facit *l.4.C. vnde vi.* (pet errorẽ typographi citata eſt) *l 4.C.h.t* in qua non de hac actione diſputatur, ſed noua remedia proponuntur, quibus vis admiſſa vindicatur: & apparet vtique iudicẽ fin. regund. reũ ad rẽ ipsã cũ altero tanto reſtituendã, quã pœnã irrogat *d l. 4.* condemnare nõ poſſe. Nec minus in illo offendit, ꝙ propoſitioni de animaduertendo in malitioſos, in allega ſubiicit; *ſi quid enim lite mota &c.* quia ſi hic caſus quo malitioſè circa fines delinquatur, nõ tantũ nõ vnicus, ſed etiã videtur eſſe rarior. Sed neque generalis pœna *d. l. 4. C. vnde vi:* reſtringi debet ad inuaſionẽ factã poſt litem motam, vtiq; animaduerſio illius delicti ab officio iudicis in hac actione fin. reg. plane eſt aliena.

Quanti in litem iuratum fuerit.] Dubiũ hoc videtur, quod cõdemnatio fiat in id quod alterius intereſt, quanti in litẽ fuerit iuratũ: ſiquidẽ vt ipſe docet th. 2. lit. C. hæc actio ſtricti iuris eſt, in quibus regulariter in litem nõ iurari conſtat *l.5.§. vltim. & l.6. in l.t.iur.* Neque dicere poſſis ex ratione qua hæc actio in rem & pro vindicatione eſt, *l.1. fin. reg.* in litẽ iurari: quia in actionibus in rem tũ id admittitur vbi dolo & contumacia res ipſa nõ præſtatur: de quo caſu Tr. hic loqui non videtur, ſed magis de præſtationibus perſonalibus: & in actionibus in rem nõ iuratur in litẽ pro eo ꝙ intereſt, ſed ſuper æſtimatione.

Digitized by Google

Neque obſtat *l.3.d.in lit iur.* quia ibi agitur de actione depoſiti, quæ bonæ fidei eſt, & regulariter iuramentum in litem admittit: & hinc tanto magis arguitur, proponi hoc à Tr. de actione fin. reg. quatenus in perſonam eſt: quoniam intereſſe, de quo agit *d.l.3.* non æſtimatio rei ſed præſtatio perſonalis eſt.

THESIS VII.

LIT. C.

Fiſco numerandus] Nimirum ex actione populari de qua *in l.fin d term mot.* vbi dicitur ꝙ debeant dari in publico ſicut *in l.23.ad SCtum Sillan.* pars dicitur danda eſſe actori ex publico: vt proinde ferri nõ poſſit explicatio Gl. dd. *in l.12. d.V.S n 16 in publico dari.* id eſt, *in populari actione dari*: de quo actum eſt ſupra *diſp.4.th 9 lit.B.*

LIT. E.

Neque hæ criminales ciuilem illam] Scilicet illã, de qua actum eſt th.præcedd. actionem fin. reg. quoniam etiam actio popularis ex L. agraria, ex qua pœna fiſco adiicitur, iuxta communem Dd. ſententiam, criminalis eſt. Ex eo autem, actionem fin. reg. rei perſecutoriam dicit, tanto magis confutatur, quod th. præc. lit. C. & D. de animaduertẽdo in malitioſos turbatores aut inuaſores propoſuit. Cæterum de concurſu perſecutoriæ & criminalis, itemque duarum criminalium, prolixius diſputare huius loci non eſt.

THESIS VIII.

LIT. A & B.

Initio th. hæc verba habentur: *eliditur hac finiũ actio proprietatis exceptione, quo vſque ea probata fuerit, tollitur omnino triginta annorum præſcriptione.* Quorum verborum ſatis obſcurorum ſenſus petendens eſt ex citatis *l.1 §.1 fam.erciſc. l 18. d. except* quod ſcilicet agente eo qui non poſſidet, ſiue actio potius iudicio v. c. famil. erciſc. vel comm. diuid. obſtat exceptio præiudicialis, ꝙ actor dominus non ſit: ſiquidẽ actiones hæ mixtæ, non niſi ijs qui pro indiuiſo domini ſunt, cõcedantur: ideoque exceptio hæc, tu non es dominus, interim excludit & differt ſiue ſuſpendit iudicium comm. diuid: quod probata demũ proprietate conceditur. Quæ ſane apertius erãt proponenda, cum præſertim alias elidi actionẽ exceptione proprietatis, hoc ſenſu dicamus, ꝙ reus dominus ſit, quomodo actioni publicianæ exceptio dominij obſtare dicitur: & ipſa quoque verborum oppoſitio, *elidi, tolli*, minus recta eſt, nec ſatis recte actio, quæ tantum differtur & ſuſpenditur, vt Tr. in ijſdem terminis melius loquitur th ſeq lit.D. dicitur elidi.

Et eſt hoc actionibus mixtis commune.] Illud non valde dubium, quod actiones hæ triginta annis durent: ſed illud non ſatis expeditum, quod v. c. actio comm. diuid. aut fam. erciſc. 30. annis expirare dicitur *l.1.§.1.Cod d annal except* ſiquidẽ inde effici videtur, quod poſt 30 annos ad diuiſionem, ad quam hæc, iudicia dantur, prouocari non poſſit, & ita quis perpetuo in communione manere cogatur. Quæ quidem ſententia licet *in d.l.1.Cod d ann. except. & in l fin. C. commun. diuid.* probetur *à gloſſ. & à Iohan Fabr in §. quædam 20 Inſtit d. action & à multis antiquis quos refert.* Iaſon. *in d § quædam num* 29 abſurda tamen plane videtur: tum quia quod nulla conuentione fieri poteſt, *l 14.§. 2 commun diuid.* ſolo lapſu tẽporis effici non poſſe videtur: tum quia generaliter traditum eſt in *l fin.Cod.commun. diuid* neminem inuitum in communione detineri, quod materia communionis diſcordias ſoleat excitare *l.cum pater §. dulciſſimis d. legat. 2.* tum quod nulla hic negligentia, in qua fundantur præſcriptiones interuenire poteſt: tum quod vt ex Bartol. & Bald. ad licit Iaſon. donec ſtamus in communione & poſſidemus ſimul, vtus recognoſcit alterum in ſocium, eoq; præſcriptio currere non poteſt, ſiquidem ſingulis pro indiuiſo poſſidentibus, fieri non poteſt, vt alter alterius partem vſucapiat. Quinimo nec eo reſpectu, quo ex quaſi contractu hæc actio dicitur, tricennalis præſcriptio ei obſtare poteſt. quoniam in communione rerum eſt quaſi quidam cõtractus continuus & ſingulis quodammodo momentis actio naſci videtur: quoniam ſæpius aliquid impenditur, ſæpius percipiuntur fructus, ſæpius culpa ſocij interuenire poteſt: ex quibus quaſi hic contractus conſtituitur, & naſcitur actio in perſonam. Neque obſtat *dict l 1.§. nemo, Cod d. ann. except.* non quod ſit accipienda de actione iam in iudicium deducta, vt peſſime illum locum accepit Zaſ. *in § quædam l. d. action.* quam potius vt ex Bald. *in l fin Cod fin. reg reſpondet* Iaſ. *in d § quædam num.* 38. quod ille textus procedat, altero tantum ex conſortibus poſſidente: etenim ponendi ſunt termini habiles, & ijdem qui in actione fin.reg. *l.fin Cod fin reg.* & in petitione hereditatis *l 7.Cod d.petit hered.* vt videlicet, quia res cũ alio communis fuit, nõ ſufficiat eã decẽ vel viginti annis poſſediſſe, ob naturã mixtæ perſonalis actionis *argum. dict l.7.* ſiquidem ita actio diuidi non poſſit, vt ratione præſtationum perſonaliũ triginta & ratione rei vindicationis decẽ aut viginti annis duret. Poſ-

ſit

Digitized by Google

ſit etiam reſponderi, quod *d.l.1* § nemo ad illum caſum pertineat, vbi diuiſione iã facta, de præſtationibus perſonalibus intra annos 30. actum non eſt; nam & poſtquam à communione diſceſſum eſt, hoc nomine agi poteſt. *l. 6. §. 1. l. 11. comm. diuid.* quam reſponſionem proponit idem Iaſon. *in d § quadam num. 38.* & Zaſ. *in parat. famil. erciſcund. num 4 & 5* Poſſit etiam caſus dari quo ſtante adhuc communione actioni commun. diuid. 30. annorum præſcriptio obſtet, ratione nimiium eorum ſumptuum aut fructuũ, qui ante 30 annos, ſi tamdiu ſteterit communio, facti vel percepti ſunt. *Vide* Cyn *in d. l 1 § nemo C. d annal. except.* & alios multos citatos a Iaſon. *in d § quadam Inſtitut. d. action. num.* 30. *&* 31. ex quibus apparet hanc ſententiam eſſe communem: a qua diſcedere videtur Treut. dum improbat Zaſ *in parat famil. erciſcund. num. 4 & 5.* vbi ſententiam à nobis confirmatam rectiſſime ſequitur, non tantum (vt male putat Treutler.) in actione famil. erciſ. ſed etiam comm. diuid. Niſi forte Treutler. probat citatum Sich. *in l. vlt Cod. fin. reg.* vbi putat tum præſcribi 30. annis actioni comm. diuid. ſi vnus ſociis diuiſioni petitæ reclamauerit, & alter 30. annis acquieuerit: exinde enim amplius ad diuiſionem proclamari non poſſe, quod ego ex ſupra dd. rationibus falſum puto.

LIT. C. & D.

Longiſſimo tempore.] Etenim in hac præſcriptione non ſpectatur ius aliquod aut factum poſſidentis, ſed actio ſola temporis præſcriptione, quod lex præſcripſit, eliditur. Cæterum de differentia iuris Can. quam alieno loco prolixius attingit Tr. agemus infra *p. 2. diſpu. 22. th. 6 lit A.*

Si bona fide longi temporis præſcriptione.] Huic ſententiæ, quod bonæ fidei poſſeſſor longi temporis præſcriptione aduerſus hanc actionem tutus ſit, omnino obſtat, quod ipſe hac th lit. B. affirmat & veriſſimum eſt, mixtis actionibus hoc eſſe cũ perſonalibus commune, vt 30 annis durent. Enimuero bona fides poſſeſſoris ſiue rei conuenti nunquam efficere poteſt, quominus tãto tempore viuat actio, quod ex naturà ſua vel lege habet: alias ead ratione dicendum eſſet, ꝙ petitio hereditatis contra bonæ fidei poſſeſſorẽ tricennalis non eſſet. Neque obſtat, quod lõgo tempore dominiũ quæri dicitur: quia fallit hoc in re quæ cum alio fuit communis, propter naturam mixtæ actionis *l 7. in prin. C. d petit hered.* quod de hac actione expreſſum eſt *in l. vlt. Cod. h. t.* quæ non niſi abſurde ad malæ fidei poſſeſſorem reſtringatur; & ius experiendi ſuper præſtationibus perſonalibus, tradit ſecum ius vindicãdi, neque, vt paulo ante dictum, ita diuidi actio poteſt, vt pro parte lõgo tempore, pro parte tricennio finiatur. Neque obſtat *l. 2. §. 6 pro empt.* vel quia ibi emptor nunquam fuit confinis, ſed ſtatim fundum ampliorib. finibus poſſedit: vel quia quæſtio hac controuerſia fuit vt apparet ex *l. vlt. C fin. reg.* per quam deciſa eſt. idque etiam Zaſius recte notat *in parat fin. reg. nu. 7.* quod *d. l. vlt. C. h. t* moderetur iura Digeſtorum.

THESIS IX.

LIT. A.

Ait quod familia ſignificet ipſas res hereditarias, non hereditatem. & quod non de hac, ſed de illis diuidendis agatur Quod quidem verum eſt, ſed minus recta ſubiuncta ratio, quod hereditas ſit indiuidua. Quia imo hereditas inter plures heredes diuiſa eſt *l. 9. §. 13. d hered inſtit.* de quo ſupra diſput 14. Et ratio itaque vera eſt quoniam quod iam vel à lege vel à teſtatore in partes diuiſum eſt, in hoc iudicium non venit.

LIT. D.

Hinc fit vt actio.] Quod hic proponit, quod actio hæc, ſi quis neget aduerſarium qui in poſſeſſione non eſt eſſe coheredem, ſuſpendatur, idem plane eſt cum eo, quod diuerſis plane & obſcuris verbis propoſuit th eſ. præced. lit. A. elidi hanc actionem exceptione proprietatis, vt ibid. notatum eſt.

Cui conſequens eſt] Ait quod ille qui agit iudicio fam erciſc. fateatur aduerſarium ſibi eſſe coheredem, adducta *l 37. h t.* & improbato Cuiac. *9, obſeru. 39.* qui textum legat negatiue. Atquin exemplaria omnia in illo textu negationem agnoſcunt, eoque ſi qua cõmode negatiue lectionis explicatio dari poteſt, ſententia Tr. probanda non eſt. Accurſ Bartol. & Bald & Florian. explicant *dict. l. 39.* de errante, & caſu litis non conteſtatæ, vt videlicet errorem mutare liceat: quã eãdem ſententiã proponit Cuiac. *in l. 8 § 1. de vi arm. l. 26. quæſt. Papin* ꝙ licet qui cũ aliquo fam. erciſc agit. videatur per conſequentiã tacitã eũ fateri heredem, non tamen protinus ei generari præiudicium, neq; impediri, quo minus mutata ſententia petitionem hereditatis inſtituere poſſit, ꝙ repetit *9. obſeruat. 36* vbi tamen fatetur, negationem deeſſe in Baſilicis, quã etiã detrahi vult Anton. Fabr. *decad. 36. error. 5. ſed Hottom. 5. obſeruat. 1.* locum illum accipit de reo, quoniam in duplicibus iudiciis promiſcue verbo agendi vti licet. Forte etiã textus ille ad ius antiquum & interrogatorias actiones referri

poſſit,

poſſit, vt videlicet qui tantum dictauit iudicium fam. ercisc. non videatur fateri aliquem eſſe coheredem, vt actione interrogatoria conveniri poſſit.

LIT. E.

Prolixius hic & extra materiam tractat de actione directa & vtili & vtriuſque diſtinctione. Ratio autem, cur proprie loquendo non detur actio directa bonorum poſſeſſori, hæc vnica eſt, quod prætor heredem facere non poteſt *in prin. Inſtit. d. bon poſſeſſ.* Ratio autem Tr claudicat q L. XII tabb iſtos ſucceſſores non agnoſcat: etenim ita etiam his qui ex legibus nouis ad hereditatē vocantur, directa actio neganda eſſet: quod proculdubio falſum eſt Cæterum *in l 2. §. 1. h. tit.* quam ex Bocero ſibi obiicit Treut. obſeruandum eſt, quod bonorum poſſeſſor opponitur arrogato, qui quartam ex conſtitutione Pij tanquam æs alienum, & ita ſine onere habet. *arg. l. 8. § ſi quis 15. d. inoff teſtam.* cuius reſpectu bonorum poſſeſſor, qui in omne ius defuncti ſuccedit, veri heredis inſtar eſt, adeoque recte ita opponitur, vt illi vtile tantum iudicium accommodari dicatur.

LIT. F.

Non nomina nec mala medicamenta, &c.] Male omnino hæc ita copulantur, cum diuerſiſſima ratione hæc in iudicium fam erciſcun. non veniant illa quidem, quia ipſo iure ex L XII. tabb. diuiſa ſunt *l. 25. § 1 h tit* hæc vero quia corrumpenda & perdenda ſunt, cæteroquin vtique veniunt, vt docet expreſſe *l 14. §. 1.*

THESIS X.

Quæſtio hic propoſita non merebatur integrā theſ. Ait autem Tr. inter iuris vtriuſque interpretes controuerti de modo faciendæ diuiſionis. Quod parum apte dici videtur, quia iure ciuili certiſſimum eſt, quod nec Canoniſtæ negant, ſi inter ipſos coheredes cōueniri nequeat, officio iudicis ſiue arbitri famil. erciſc. diuiſionē eſſe faciendā. Eoque ſimpliciter ſtatuendum fuerit, ius ciuile à iure Canon. diſſentire: quamuis *c. 1. d. parochis* in hanc rem non ſit expreſſum, quippe agens de caſu diuerſo, videlicet de Epiſcopo hæretico remoto, & ad vnitatem reuerſo, quē pontifex in partem vult admitti, diuiſione facienda ab eo qui diutius tenuit Epiſcopatum, quod Epiſcopos ad arbitrū mittere ex dignitate non videbatur: & *Bart in l. Cod. de ijs qui ſe defer.* etenim male citatus Bald. *in l. 4 C. comm. diuid.* nihil habet, *& in l. 2. Cod quando & quib. quart. part.* qui titulus eſt l 10. non ſcripſit. hoc tantum ait, quod vulgares dicant, diuiſionem faciendā eſſe à maiori, facturus alias mentionē iuris Canon. ſi huic eam ſententiam conuenire putaſſet. Illa ſane inepta Canoniſtarum ratio eſt, notata etiā *in addit. ad Bart. & apud VVeſemb. in parat. hic n. 6* ab exemplo Abrahami & Loti: quia non ibi vera diuiſio, nec illi cohæredes, & modeſtia quadā Abrahamus hoc fratris filio permiſit. Illud nō animaduerto, quare lit. A. ex *l. 2. C. quando & quibus quarta pars, &c.* electionē forte fieri debere probat, quæ ratio vtiq; ab officio iudicis q in th. proponitur, omnino eſt diuerſa. Et agitur ibi de caſu ſingulari, & hoc ſtatuitur, vt quo caſu quarta pars bonorum decurionis ad curiales pertinet, heres quatuor partes faciat, & ſorte decidatur, an heredi, dodrantis an curialibus quadrantis electio ſit cōcedenda, q ita accommodari poſſit, vt conſenſu heredum partes fiant, & ſors definiat, cuius electio eſſe debeat.

LIT. B.

Maiori læſo remedium l. 2.] Sc. ſi errore lapſus ſit: quia vt recte ſubiicitur, ſecus eſt, ſi valorem bonorum ſciuerit, contra quam male putat Donell. *ad l 2. C. de reſcind vend. part. 1. c. 2. n. 11.* vbi etiam ſcienti veram æſtimationem remedium *l. 2.* concedit, de quo agitur infra ſuo loco.

THESIS XI.

LIT. A.

Niſi hæc concurrant.] Vt diuiſio præſumatur facta, requiri vt bona ſeparatim ſint poſſeſſa, onera ſeparatim ſoluta, & fructus ſeparatim percepti & inſuper decurſū decennij aut vicennij. Verum putauerim, cum diuiſio etiā priuatim fieri poſſit, tria illa priora citra lapſum illius temporis, ad præſumendam diuiſionem ſufficere. Sed alia quæſtio eſt an & intra quod tempus prætextu inæqualitatis commiſſæ remedium aliquod reſtitutorium implorari poſſit.

Hæc vero ſi coniunctim] Plus hic videtur dicere velle Tr. vt iſta omnia concurrentia cum lapſu longi temporis excludant iſtam actionem. Atqui vt iā ſupra oſtenſum eſt, actiones has triginta annis durare, tum ratione præſtationū perſonalium, tum ratione vindicationis rerū, quæ diuiſæ non eſſe prætenduntur: *& gloſſ in l. pen. C. commun. diuid. Balb. d. præſcript p 2. quæſt. 10. num. 39.* hoc tantum dicitur, quod diuiſio facta præſumatur. Illa autem quæſtio facti eſt an ex inæqualitate præſumatur diuiſionem non eſſe factam, quæ non improbabilis ſententia videtur Balb. *d. q. 10. num. 40.* ſi magna ſit inæqualitas: an vero compenſationem factam eſſe credere

debea-

debeamus. Facilius ſane exceptione repelletur actor, ſi modica & exigua inæqualitas oſtendatur.

LIT. B.

Facta priuatim diuiſione.]Hoc caſu ſcilicet adhuc iudicio fam. erciſc. experiri licet, quia heredes ad iudicium hoc prouocantes, diuiſionem factam retractare, & quaſi pro non facta habere videntur: quod illis non licet, vbi diuiſio tranſactione aut autoritate iudicis munita eſt: & ita ex verbis, *ex conſenſu* accipiunt *l. 1. Cod. famil. erciſc. gloſſ. Odofre. l. Cyn. Salic. Caſtrenſ. Sichard. ibid.* Sed differentiæ ratio, quare iudicium hoc ſemel tantum, petitio autem hereditatis ſæpius intentari poſſit *l. licet d. petit. hered. l. 9. d. except. rei iud.* minus expedita videtur. Accurſius hanc reddit quod hæc actio non ſimpliciter, illud autem iudicium & aptitudine & actu ſit vniuerſale: quã rationẽ probant & explicant Salicet. & Sichard. *in d. l. 1. Cod famil. erciſc.* quod nimirum petitio hereditatis nec ſemper, nec præſertim ratione rei conuenti ſit vniuerſalis: licet eam improbet Cyn. *ibid.* Plane cum petitio hereditatis contra omnes qui ſe pro heredib. gerunt, imo etiam contra eos qui rem ſingularem pro poſſeſſore tenent, cõcedatur *l. 13 d. petit. hered.* rationis eſt, vt ea ſæpius intentari poſſit: atquin iudicium fam. erciſc. competit contra eund. eoque abſoluto à communione quæ hæreditario iure fuit, receſſum ſit & ſi quid indiuiſum ſupereſt, id nõ amplius commune tanquã inter coheredes, ſed tanquam inter ſimplices quoſuis ſocios eſſe videtur.

LIT. C.

Facienda eſt in omnium perſonis.] Opponit hic inter ſe *l. 27. & 41. h. tit.* quarum conciliationem ſatis operosè tradit citatus Cuiac. *23. obſeruat. 1.* paucis verbis iam olim notatam ab Accurſ. *ad dict. l. 27.* quod ſe. aliud ſit de diuerſis partibus, altera bene, altera male iudicare: aliud de re in iudicium deducta non integre, ſed pro parte tantum iudicare, quod improbat *dict. l. 27* cuius rei cum cadẽ ſit ratio & in præſtationibus perſonalibus, & in adiudicatione rerum, non animaduerto, quamobrem Cuiac. *d. l. 27.* ad præſtationes perſonales reſtringi velit.

LIT. D. & E.

Ait in th. in hoc iudicium venire, ſi quid expenſarum vel fructuũ nomine quaſi contractũ, vel dolo culpaue admiſſum ſit. Quæ non recta oppoſitio eſt, quia hæc ipſa culpa & dolus ad præſtationes perſonales pertinent, vt ipſe tradit th. 14. lit. F. adeoque in hanc actionem ex cauſa quaſi contractus veniunt, ſicut in aliis quibuſvis, contractibus, neque in ſpeciem delicti aut maleficij incidunt.

THESIS XII.

LIT. E.

Ea ſalua legitima facta ſeruanda eſt.]In teſtamẽto perfecto hoc liquidum eſt, ſed in teſtamento imperfecto inter liberos, vbi voluntas patris magis ab inteſtato defendi videtur, de quo alibi videri poſſit ea inæqualitas non ferenda cum legitima videatur eſſe pars minima, vt notat Accurſ. *in l. 2. §. 1 quod cum eo qui in alien. &c.* & probar Cuiac. *in l. 4. §. ſolt. eod. lib. 9. quæſt. Papin.* Sed tamen pro ſententiæ Treut. facit quod *in l. 16. & vlt. C. famil. erciſc.* in iiſdem terminis diſpoſitionis paternæ inter liberos traditũ eſt quod poſſit pater grauare reliquos liberos, de reſtituendo partem fratribus, ſaluo Senatuſconſulti auxilio, videlicet Trebelliani, quo grauatus quartam, quæ illo tempore legitima erat, retinet. Et ſane ſiquidem pater diſponendo inter liberos partes inæquales facere poteſt, quod negari nequit, tum *ex d. l. vlt. C. fam. erciſc.* tum quod alias reuera nullum ius diſponendi in imperfecto teſtamento pater haberet, nullus alius terminus illius inæqualitatis, dari aut ſtatui poteſt. Cæterum illud non ſatis recte Treut. quod cum in theſi generaliter loquatur, de diuiſione facta à teſtatore, in exegeſi propoſita tantum habent locum in parentibus.

Vt filius de inofficioſo.]Parum caute hoc dicitur, quod legitimam relictam eſſe neceſſe ſit, vt excludatur querela: ſiquidem iure nouo actio ad ſupplementum introducta eſt: quin imo in caſu, de quo Tr. loqui videtur, diſpoſitionis imperfectæ patris inter liberos nec hic fortaſſis opus eſſe tentari poſſit, vt videlicet arbitrio iudicis famil. erciſc. legitima ſuppleatur *arg. l. 1. C. d. inoff. donat.*

LIT. B.

Ea enim facta ſeruanda eſt.] Ait quod diuiſio à teſtatore facta ſit ſeruanda, ſicut nec priuatim facta, temere debeat reuocari. Atquin iſta duo non recte inter ſe computari videntur: quia hæc quidem actualis & realis diuiſio & ſeparatio eſt, illa vero magis deſignatio quædam partiũ eſſe videtur, qua nõ obſtante iudice & arbitrio opus ſit, qui rerum ſingularum facit diuiſionem *arg. l. 16. & vlt. C famil. erciſc.* & quod ipſe Treut. *in prin. th.* ait, à iudice videndum eſſe, &c. Et videtur adeo Tr. confundere quæſtiones diuerſas, de diuiſione rerum & ipſius hæreditatis: quod præſertim alias diuiſio ipſarum rerum ad quantitatem

Digitized by Google

citatem legitimæ, de qua Treut. lit. A. tractat, nihil facit, ſed diuiſio iuris, cum pater diuerſas in hæreditate partes liberis aſſignat quo etiam, non vero ad rerum ſingularum diuiſionem pertinent conſtitutiones de diſpoſitione partis inter liberos *in l. 6. & vltim D. d fam erciſc. Nou* 18. & 107. & ea tamen quæſtio, cum iis quæ de nuda voluntate patris, hæreditateque à liberis ſubſcripta tradit, ab hoc loco eſt aliena.

LIT. C.

Agitur hic de retractanda diuiſione ex capite læſionis. Et nimirum aut nondum completa eſt diuiſio, & verius eſt etiam eam inæqualitatem, quæ eſt infra dimidium, æquitate iudicii corrigi poſſe, quo modo recte accipitur *l 3. C. comm. vtriusque iudic. ab* Ant. Fabr. *decad* 8. *err.* 1. vel implera diuiſio, & contra quam ibid putat. Ant. Fabr. læſo ſuccurrendum eſt remedio *l. 2. C d. reſcind. vend* quæ communiſſima Dd. ſententia eſt ad *d. l. 3 C com. utr. iudic* Quod tamen reſtringit Tr. ad diuiſionem priuata cõuentione factã, ſecus autem eſſe, ſi per ſortem vel iudicem facta ſit diuiſio Quod ego ita limitandũ & accipiendum exiſtimo, ſi cum de inæqualitate partium conſtaret ſortis iudicio, vter hanc vel illam haberet, fuerit commiſſum: aut iudex in ſpecie ſuper valore rei pronuntiauerit, quia grauatus debuit appellare: quod ipſum notat Bald. *in d l 3. C comm. vtr. iudic.* Odof. & Salic. *ibid.* Cæterum ſi ſimpliciter partes vel plane non vel per errorem æſtimatæ aut per ſortem aut per arbitrium obuenerint vel adiudicatæ fuerint, non dubitauerim, reſtitutioni eſſe locum.

LIT. D.

In theſ. hæc verba habentur: cautiones etiam de euentione iudex fieri curabit. & in allegatis pro ratione ſubiicit, quod diuiſioni euictio tacitæ ineſſe cenſeatur. Atqui hæc ratio contrariũ potius efficit vt cautiones apud iudicem neceſſe interponi non ſit. Ideoque dicere debebat: interponendas eſſe cautiones, licet alias etiam tacite euictio ineſſe cenſeatur.

Quod tamen diuiſione à parte facta ſecus eſt] Cum paulo ante oſtenſum ſit, diuiſionem iſtam paternam non inducere actualem bonorum ſeparationem, conſequitur contra Tr euictioni eſſe locum. id eſt, vt reliqua euicta cohæredi contra cohæredem detur regreſſus. Quin imo etiamſi veram diuiſionem à teſtatore factam, & res ſingulas à patre liberis aſſignatas eſſe proponas, adhuc idem ſtatuendum crediderim quod ſcil. teſtator res omnes proprietate ſuas eſſe exiſtimauit, quarum aliquas ſi alienas eſſe, & euictas iri credidiſſet, proculdubio aliter partes aſſignaſſet: & ſi aliter ſtatueremus, aliquis heredem minus quam teſtator ipſi datum voluit conſequeretur. Neque mouet ratio Tr. quod hæreditas nunquam hoc caſu liberis fuerit communis: vel quia hoc falſum eſt, vel quia quoad hunc effectum ne vni manifeſta iniuria inferatur, perinde ac ſi communis fuiſſet diſputandum eſt: & poteſtate iuris tempore mortis communẽ fuiſſe ſufficit, quem effectum teſtator non potuit impedire, ſed ad ſummum officium tantum arbitri fam erciſc præuenire.

THESIS XIII.

Theſis hæc tota fugitiua eſt, & præterquam quod de liberis in ſpecie tractat, cum tamen diſputatio hæc generalis ſit, materia etiam collationis, de qua ex profeſſo agitur part. 2. diſput. 17. alieno loco proponitur.

LIT. A.

Hodie ſola profectitia conferri.] Cum hæc bona in dominio maneant parentum, proprie loquẽdo non conferri, ſed in hæreditate manere dicuntur, ſiquidem ipſe Tr. d. diſp. 17. th. 1. collationem definit rei propriæ in communi illationem: (quamuis in dote de donatione propter nuptias ius aliquod præcipuum haberi liberi videantur) eademq. de cauſa quæſtionem de donatione ſimplici conferenda, tantum ad emancipatum filium hac ipſa lit. A reſtringere videtur. quod alias donatio in filiumfam collata vtique vel maxime profectitium quid ſit. Et ergo aut non recte dixit profectitia conferri. aut etiã de filiisfam. an conferrent donationem ſimplicem, quærere debuit, ſiue per verbum, *conferre*, ſiue ſi ſubtilitatem verborum affectare voluit, per verba, *præcipuum retinere*: etenim in effectu eodem redit, ſive donatum filiofam. non conferri, ſiue præcipuũ retineri dicat: de quo agitur infr. *d part. 1. diſp. 17 th. 5. lit G.* Interim videamus paucis, quid hic reſpondeat Tr. ait ſententiam negantem, quod emancipatus non conferat donationem ſimplicem eſſe quidem à conſtitutionibus Imperatorum remotiorem, ſed æquitati viciniorem. Vbi primo vitioſe conſtitutiones Imperatorum æquitati opponit, cum tamen liquidum ſit, Impp. hoc propoſitum fuiſſe quod vel centies inculcat Iuſtin. vt rigorem iuris ciuilis veteris æquitate temperaret, & in his ipſis terminis de conferenda donatione ſimplici, ſolum æquitatem quam matrem æqui recte dixeris,

Digitized by Google

ris, ſe ſpectare profitetur Juſtin. & *in l pen. C. d. collat. & in Nou. 18. c 6.* quod autem inter liberos inducit inæqualitatem, non poteſt non eſſe cōſentaneum æquitati. Deinde non ſatis appatet, quare negantem ſententiam pronuntiet eſſe æquiorem: niſi forte præſupponit, quod liberi in poteſtate retenti ita donatū ſibi retineant præcipuum: quo ſane admiſſo, iniquum fuerit, a filiis emancipatis qui & ipſi natura liberi ſunt, exigi collationem. Verum nec hoc præſupponit Treut. minime hoc certum, quin vel maxime dubium eſt, de quo agitur infra *d. diſp. 16. th. 5* quod etiam teligimus quæſtionem lit B. de ſumptibus & impenſis ſtudiorum, an à filio ſint conferendi.

THESIS XIV.

Lit. C.

Proponit hic differentiam actionis famil. erciſc & comm. diuid. quod hæc ſit de rebus ſingularibus, illa de multitudine & vniuerſitate rerum. Quæ differentia non videtur perpetua & adæquata, non tam, quod etiam in famil erciſcund iudicio res ſingulares diuiduntur, quā potius quia cum actione communi diuidundo etiam locus ſit ſibi res communis eſt ex ſocietate, vt ipſe ait Treut. lit D & ſocietas quædam vniuerſorum bonorum ſit, inde aliquando etiam in iudicium communi diuidundo multitudinem & quaſi vniuerſitatem rerum venire conſequitur.

Lit. F. & G.

Docet hic venire perſonales præſtationes, & adiudicationes, illarum reſpectu perſonalis, harum in rem actio eſt, vt notatum ad th. 2. Sed illud dubitari poſſit, an ſuper alterutro tantum hoc iudicio comm diuid agi poſſit: quod affirmandum videtur *arg l. 6. §. 4 & l. 11 comm diuid.* ex quibus probatur quod etiam ſoluta communione, & vbi ſuper rebus diuidendis, amplius agi nequit, præſtationum perſonalium nomine iudicium hoc locum habeat: cuius arg dici poſſit etiam ſtante communione ſuper impēſis aut fructibus præſtandis, vt nihilominus ſalua maneat communio, hanc actionem moueri poſſe: niſi quis forte ſub alternatione agendum putet, quod aut præſtetur v. c. pars impenſæ à ſocio, aut ille omnino rem diuidi patiatur. Quod nunc in medium relinquo Porro an hæc aut fam erciſc. actio, eum actione negoriorum geſtorum concurrant, quod negatur lit. F. in fin actum eſt ſupra diſp. 10 th 3. lit. G.

Lit. I.

Affirmat hic pactum iuratum de manendo in communione ſeruandum eſſe. Verum magis probo ſententiam Alexandri *volum. 2. conſil. 18.* vbi ait non poſſe quem cogi, quominus proclamet ad diuiſionem, licet periurum fieri, adeoque abſolutionem à iuramento petendam eſſe dicat Et ſane verum puto, quod nemo quacunque ratione in futurum ſibi ipſi, quo minus mutare liceat voluntatem, legem dicere poſſit ex qua ratione probatur etiam, quod recte *d. conſ. probat. Alexand.* pacta etiam iurata de non reuocando procuratorem conſtitutum vel teſtamētum factum mutari poſſe, nec neceſſitate ea ſeruandi præciſe quenquam adſtringi Cæterū quod iuſſu teſtatoris effici poſſit ne fiat diuiſio, citato *conſil non tradit* Alex & Bart *pro diſſ* allegatus, hoc tantum dicit, quod inſſum tale teſtamento appoſitum intelligatur ſub conditionibus *in l. ſi conuenerit 14. pro ſocio.* Vtique teſtator non videtur perpetuam & præciſam neceſſitatem imponere voluiſſe, quin & ſi voluiſſet, ad obligandos hæredes voluntas eiuſmodi ineſſicax futura eſſet.

THESIS XV.

Tria hac th breuiter notanda ſunt. 1. quod deſcriptio actionis vtilis anguſtior eſt, vt apparet *ex l. 6. in pr. & l. 7. § 2. h. t.* vtique etiam re extante & diuiſa pro perſonalibus præſtationib. tantum competit. 2. quod incorporalia propriè loquendo in hoc iudicium non veniunt, niſi quatenus ſubiectum, aut aliud quiddam corporale intercedat. quomodo vſusfructus ratione ſubiecti vel fructuum, & aquæ ductus ratione aquæ quæ diuidi & in plures canales diffundi poteſt. 3. quod lit. D. & E. actionē pro ſocio magis præſtationum perſonalium nomine, quam pro diuidendis reb eſſe ait: ſiquidem verius eſt plane non eſſe pro his diuidendis, quippe quod petitio diuiſionis ſit vindicationis ſpecies: actio autem pro ſocio mere perſonalis eſt. de quo pluribus agitur infra *diſp 17. th. vlt.*

THESIS XVI.

Lit. A.

Ait hic, quod primogenitus iure diuino & gentium in regno præferatur Cui non ſatis cōuenit, quod lit. B. tradit, ſecundo genitum à patre præferri poſſe, ſi hic ſit ſolutus legibus. Etenim aut loquitur de legibus ciuilibus & his princeps ſolutus eſt, neque facile his legib. de ſucceſſore caueri ſolet aut de legibus gentiū & diuinis, & his nullus princeps ſolutus eſt: adeoque

 ſiqui-

Digitized by Google

ſiquidẽ primogenitus iure gent. & diuino præfertur: princeps ſecundo genitum cõſtituere regem non poterit. Et vero ſi contra leges ciuiles & regni non poteſt præferre ſecundo genitum, vt putat Tr. multo minus poterit contra leges gent. & Dei. Cæterum hoc ipſum dubium eſt, quod iuri diuino primogenitus præferatur: etenim ex eo quod in ſucceſſione hæreditaria lex Moſaica forenſis populo tantum Iſraelitico data, ex recepta ſententia alios populos non obligat. Cæteroquin de iudicio Dei contra Tr. coniectura ſumi poteſt ex duobus exemplis. Dauidis & Salomonis, quorum ille vltimo genitus in regẽ à Samuele vnctus, hic fratribus ante ſe etiã ex rege patre genitis, voluntate Dei prælatus fuit, nihil reclamante populo, nec ipſo etiã excluſo ius gentiũ aut diuinũ inuocante aut violatũ eſſe contendente. Nimirum ad ius gent. recte quidem hoc refertur, ꝙ cum regna diuidi non ſoleant, ſed vnum imperare ius ſit, nullus eſt qui primogenito potius ius habeat: attamẽ ex cauſa alium fratrem præferri poſſe negandum non eſt neq; deſunt eius rei exempla: qui de re quoniam ea quæ iuris publici ſunt, quam parciſſime attingere conſtitutum eſt, vide Lipſium *l. 2. monitor. polit. cap. 4. Gregor. Tholoſanum l. 7. de republ. cap. 4. 5. & 6. Marianam de regno lib. 1. c. 3.* Ex his autem efficitur, pariter incõcinnum eſſe, quod Tr. in theſ. ait, vbi lege vel conſuetudine natu maior vocatur, minorem præferri non poſſe: quoniam ſi ex cauſa contra ius gent. minor præferri poteſt, poterit etiam contra ſtatutum & conſuetudinem: quia hæc conſuetudo nihil noui inducit, ſed illud ipſum quod iure gent. probatur, confirmat: adeoque etiam fruſtra de tali lege vel conſuetudine diſputatur. Quin & ita è contrario ſenſu ſequitur, ſi ſtatutum vel conſuetudo nihil hic diſponat, minorem præferri poſſe; quod niſi grauiſſima ſubſit cauſa, & falſum & ei, quod iure diuino præferri primogenitum ait contrarium eſt. Neque placet ſubiecta limitatio, niſi princeps ille leges & conſuetudinem abrogãdi habeat poteſtatem: vel quia princeps non poteſt eſſe ſupra leges diuinas & gent. ex quibus præferri maiorem natu iam dixerat Tr. vel quia id genus legis pertinet ad fundamentales, quas princeps mutare non poteſt, quæ communis & vera politicorum ſententia eſt.

Sicut & eum qui ante.] Agitatur & hæc inter politicos quæſtio, an natus ante regnum à patre quæſitum præferatur poſtea nato. Quo accomodare quidam ſolent iure noſtro tractatam quæſtionem, an priuilegiis, quibuſdam dignitatibus cõceſſis, fruantur liberi nati, antequam pater eam dignitatem conſequutus eſt. Quod videtur negare textus ſatis expreſſus *in l. 11. C. de dignitat. facit l. 23. §. 5. C. de nupt. l. 7. C. de princip. agent in rebus &c.* Quibus non obſtat *l. 5. D. d. ſenator*, quæ arg. inſcriptionis referenda eſt ad caput L. Iuliæ Papiæ, quo non tantum ſenatores ipſi, ſed quicunque eorum liberi nuptias cum libertina cõtrahere prohibentur. *l. 23. d. rit. nupt.* Non obſtat etiam *l. 9. §. ſed vtrum 14. d. pœn.* quoniam pœnæ ſunt odioſæ, neque arguitur ibi de conſequendo priuilegio dignitatis, ſed euitanda pœna, quod firmatur *arg. l. 2. §. 2. de decur.* vbi dicitur quantum ad hoc, ne fuſtibus quis caſtigetur, aut in metallũ detur, prodeſſe etiam ante nato, habere patrem decurionem. Hæc tamen non videntur euertere ſententiam Tr. vel quia leges iuris noſtri in decidenda hac quæſtione ſatis momenti non habent, vel potius quia pertinent illæ ad priuilegia, quædam ſpecialiter dignitatibus tributa, & quæ viuo quoque pater cum liberis communicantur: vbi tamen de ſucceſſione agitur, iſta non recte applicantur. Intereſſe alias quis exiſtimare poſſit, an filius ex patre in ſpem regni ſuſceptus, licet antequam actu regnaret, an vero ex patre priuato, cui poſtea imperium delatum fuit, natus ſit, ex quo fundamento, vt eſt apud Herodotum, mortuo patre Dario, Xerxes regnum obtinuit. Attamen & hoc caſu pro filio ante nato pronuntiandum exiſtimauerim, tum quod ſtatim creato patre rege filius iſte regis filius eſſe incœperit, & qui nullis liberis poſtea ſublatis procul dubio regnaſſet, propter poſtea natum fratrem iure illo priuari deberet: tum præcipue, quod ex veriori politicorum ſententia ius regnandi non quæritur per meram ſucceſſionem, ſed concurrente tacita quadam electione & conſenſu populi: per quam ſcilicet vt cauſam principalem initio Principes; conſtituti ſunt ita videlicet, vt quod liberos paternæ virtutis hæredes futuri præſumuntur, in imperium liberorum tacite conſentire præſumerentur: eoque dubium nõ eſt, quin in liberos iam electo principe, natos conſenſiſſe intelligantur. Vide prolixe de hac quæſtione *Greg. Tholoſ. d. republ. lib. 7. c. 9. A. Knich. d. priuil. Saxon. non prouoc. verbo Electorum c. 3.*

Et cum quod nepotem.] Non minus hæc à Politicis agitur quæſtio, an defuncto principe, filius ſecundo genitus, an nepos ex primogenito prædefuncto natus ſuccedere debeat. Et commu-

nius

Digitized by Google

nius pro nepote reſpondetur: quæ ſententia probabilior ſit, ſiquidem regnum hæreditario iure transferri ſtatuamus & ipſo primogenito viuo patre ius quæſitũ eſſe. Cæteroquin hæc hypotheſis forſaſſis dubia videri queat, & ſuadere rationes politicæ videntur, viuo patre principe nullum eſſe regnandi ius liberis quæſitum: quoniam vt paulo ante dictum, principes immediate ex iure gentiũ & conſenſu populi creati cum ſint, & quod hiſtoriæ, & 5. polit. Ariſt. docet, multi populi reges ſuos depoſuerint, non poteſt videri ius regnandi in liberos ſtatim natos trãſfundi: eoque non niſi mortuo principe filius ius regnandi quaſi tacito conſenſu & electione populi conſequi intelligendus eſt. Illud quidem admitto, quod regulariter, in primogenitum ex ratione iuris gent. conſenſum videatur: verum illud ius primogenituræ dixerim eſſe mere perſonale, quod in liberos non tranſmittatur. Et fruſtra hic argumentum quidam petere ſolent ab exemplo Eſau, qui ius primogenituræ vendere nõ potuiſſet, niſi illud proprio iure habuiſſet: quia ea vera venditio non fuit, ſed quaſi in pœnam ignauiæ pro valida habita: ſicut & non recte huc affertur ius repræſentationis: vel quia ius illud fictione quadam iuri ſubnixum temere extendi non debet: vel quia vt iam dictũ ius illud primogenituræ vtpote mere perſonale, tranſmiſſibile non videtur: vel denique quia ad hunc effectum ius primogenituræ iure ciuili inductum eſt, vt ne excludatur nepos in concurſu, non autem vt æque vicinum vel viciniorem excludat.

Nihil vetat quo minus idem, &c.] Duplex hic quæſtio implicari videtur. 1. an quod aurea Bulla decretum eſt in perſona electorum, vt nepos ex primogenito præferatur, etiam locum habeat in aliis principibus vel ducibus. Et quidẽ ſi tantum ex aurea bulla deciſio huius quæſtionis petenda eſſet, argumento à contrario ſenſu colligi poſſit, quod ſpecialiter ſtatutum eſt in electoribus, in aliis principibus non obtinere. Verũ ſolet hoc ex rationibus defendi politicis, eoque in quocunque principe obtinebit: de quo *Lipſ. lib. 2. monit. polit. capit. 4. Marian de regno lib. 1. c. 4. Gregorius Tholoſanus lib. 7. de republ. capit. 10. A Knich. d. Saxon. priu. non proui verbo. Electorum. c. 3.* apud quos & nepotes & patrui prælati extant exempla. Sed altera hinc depẽdet quæſtio, quod admiſſa prælatione ſiue nepotis ſiue primogeniti, cæteros fratres lib[illegible]oique excludi conſequentur cuius ſane contrarium fere in Germania obſeruari videmus: quam obſeruantiam licet poſt alios Politicos improbet Bodinus, quod ita & familiæ vileſcant, & principatus quaſi diſcerpti infirmiores, aliorumque inuaſionibus opportuni reddantur, nec ratio inter ipſos fratres aut certe horum ſucceſſores ipſis exitioſæ & pernicioſæ contentiones & bella exardeſcãt: habet illa tamẽ hanc rationem, quod licet prærogatiua quædam primogeniti admitti poſſit, vt tamen illo ſolo admiſſo ceteri excludantur, rationi æquitatis & iuſtitiæ omnino aduerſari videtur.

DISPUTATIO XX.

DE MVTVO, SCto MACEDONIANO.

Reſpondente.

WOLFGANGO GOTWALT Freiſtadia-Sileſio.

THESIS I.

LIT. A.

ITa vt exigi poſſit.] Videlicet in verbi, *creditoris* ſignificatu potentiori: ceteroquin obligatio omnis præſupponit debitum, eſt autem obligatio etiã naturalis, ex qua ſolutum retineri, quæ nouari, ex qua debitum conſtitui, compenſari, cui pignus & fideiuſſor accedere poteſt. *l. 7. & l. 16. §. D. de fideiuſſ. l. 10 de ob. & act. l. 10. 6. de compenſ. lib. 3. de conſt. pet. l. 1. de nouat. l. 127. de v.o. § 1. I. de fideiuſſ.* quorum reſpectu effectuum, etiam qui naturaliter obligatus eſt, debitor adeoque alter creditor dici poteſt.

LIT. C.

Συνάλλαγμα.] *Ariſt. 5. Eth.* hoc verbo latius vtitur, vt etiam delicta comprehendat: & proprietate verbi eiuſmodi negotium notatur, in quo hinc inde aliquid datur vel fit, vel de aliquo viciſſim dando aut faciendo, tractatur.

In qua contractus ſynecdochice.] Ita nimirum eſt, vt verbum contractus in ea L. ſpecialiſſime ſumatur, quippe cui ſtipulationes & mutuum opponuntur à ICto: quod ſolum ſatis eſſe poteſt, ad confutandum Gœdd. qui contra verba & mentem ICti, definitionem ita vult eſſe generalem, vt omnes omnino contractus, etiam ſtipulationem & mutuum contineat: de quo etiam *ſub. diſp. 6. theſi prima.*

Placet definitio contractus.] Probat hanc definitionem contractus, quod ſit conuentio cũ cauſa, & verbum *cauſa* ita explicat, quod ſignificet negotium per ſe, & ſine adminiculo iuris efficax ad producendam actionẽ. Vbi initio intelligendum erit adminiculum ſpeciale, & quaſi eſſentiale: quod alias omnes contractus generaliter confirmati ſint a iure ciuili: qui tamen negotiũ tale in ſe habent, propter quod apud omnes gẽtes recipi meruerint: Deinde explicatio illa & deſcriptio verbi, *cauſa* definitionem definito anguſtiorem facere videtur: quia vt nullum tale negotium in contractibus conſenſu conſtantibus apparet, aut etiam negotium erit in quibuſuis pactis nudis, quæ ex communiori ſententia Dd. ex ratione iuris gent. ad actionem ſunt efficacia; niſi hic ipſum obiectum, de quo contrahitur aut contrahendi modum, aut neceſſitatem illorum contractuum cauſæ loco ponere velis. Amplius nec ſtipulationi ita conueniet hæc definitio: quoniam omnis vis ſtipulationis, ex qua deſcendit actio, eſt à ſolemnitate verborum, quæ ſane merum iuris ciuilis eſt adminiculum: & igitur alia quærenda fuerit explicatio verbi, *cauſa* ſiquidem hæc definitio defendi debet. Sunt, qui contrario plane modo, cauſam accipiant pro adminiculo legis: quos adhuc minus probandos cenſeo. quoniam hoc eſt mere accidentale; etenim fatendum eſt, eſſe quiddam in pleriſque vtrique contractibus, quod actionem dari ſuadeat: & vero cauſa ſignificare videtur quid internum, quod contractibus inſit non aliunde accedat: & ita differentia contractus ſumeretur à poſteriori, nec minus omnia pacta legitime eſſe contractus, quod repugnat vſui iuris & refutatum eſt ſupra diſputatione 6. Et omnino & appellatio & eſſentia contractuũ eſt a iure gentium. Plane ICti verbo *cauſa* vti ſolent, vbi de innominatis contractibus agunt, & per illud intelligere dationem aut factum, quod actionem danti vel facienti concedi ſuadeat: de quo etiam actum eſt, ſupra diſputatione ſexta; th 1.

Et ſi contractus accipitur.] Cum dicitur, ratione contractus nos forum ſortiri, pro eiuſmodi conuentione contractum ſumi, quæ ſit efficax circa iuris adminiculum, ſimpliciter verum eſſe non poteſt, exemplo & argumento pactorum legitimorum: quorum reſpectu cum procul dubio forum quis ſortiatur, his tamẽ definitio Tt. non competit, quoniã cum hic ſola lex ſit cauſa producẽdæ actionis, citra cõtradictionẽ dici non poterit tale illis ineſſe negotium, quod citra adminiculum iuris producat actionem. Vtique cum ex contractu forum ſortiri dicimur, nomine contractus quælibet conuentio actionem producens venit, adeoque hodie etiam quoduis pactum nudum, ex quo hodie actionem dari receptum eſt: neque tamen propterea pacta nuda contractus effectos eſſe quiſquam facile dixerit.

Lit. D.

Iuris gentium] Hinc improbat diſtinctionem Dd. in naturale, ciuile & mixtũ. Quæ ratio non concludit: vel quia qui mutuum aliquod ciuile ſtatuit, omne mutuum ex iure gentium eſſe, adeoque antecedens negabit: vel quia fallacia committitur homonymiæ, quod diuerſis modis contractus aliquis iuris ciuilis dici poteſt, vel denique quia vtcunque mutuum iuris gentium ſit, ſpeciem tamen aliquam à iure ciuili potuiſſe adiici, abſurdum non eſt, quod exemplo ſeruitutis, teſtamenti, &c. confirmari poteſt: quomodo etiam emptio, quo caſu de eſſentia requirit ſcripturam, iuxta *l. 17. Cod. de fide inſtrum.* recte ad ius ciuile referri poteſt. Cæterum ego ſuperſtitioſos eſſe exiſtimo, qui diſtinctiones eiuſmodi docendi cauſa repertas ferre nequeunt. Nimirum mutuum naturale Dd. appellant, vbi quis pecuniam ſuam nomine ſuo numerauit, quod ipſi verum & purum mutuum eſſe fatentur: ciuile in quo reuera numeratio nõ interuenit, velut vbi quis ſpe numerationis ſequuturæ pecuniam ſe accepiſſe confeſſus eſt, mixtum duplex faciunt, naturale, cui cooperatur ius ciuile, & viciſſim ciuile, cui cooperatur natura. Illud vocant cum ab alio meo nomine pecunia numerata eſt, quia licet numeratio interuenerit naturalis, quod tamen mihi actio acquiritur, *l. 9. §. 8. h. tit.* ex iure ciuili eſt. Hoc appellant, vbi quis pecuniam vel acceptam, vel mox numerandam, ſtipulanti ſe redditurum promiſit, de quo caſu *l. 9. §. vltim. & l. ſequentibus de nouat.* Plane cum hoc caſu poſteriori mutuum quadam nouationis ſpecie in ſtipulationem deducatur, & vt Zaſius loquitur *in l. 2. §. 3. numero 26. hoc titulo.* mutuum vi ſtipulationis quaſi contegatur, imo ex ſententia ICti *in dict. leg. 6.* numeratio implendæ ſtipulationis cauſa fieri intelligatur, effectu iuris inſpecto contractus iſte pro mutuo habendus non erit. Porro cum mutuum numeratio conſtituat, ex eo quod actio alteri quæritur, ſpecies variari non videtur: vt ita remoto mutuo mixto & vtraque eius ſpecie, tantum

tum

Digitized by Google

tum ſuperſit mutuum naturale & ciuile : quas tamen ſpecies rectius ſub nomine veri & præſumpti mutui proponi arbitror: quoniam licet re vera pecunia numerata non fuerit, attamen creditor pecuniam numeratam intendit, & ſi ante biennium agat, numeratam eſſe probare cogitur *l.3. & 5.C. de non num. pecun.* de quo mox pluribus th. 2.

LIT. E.

Vbi recte probat contra quoſdam] Conſtat vtiq; actionibus quibuſdam additam fuiſſe formulã, *ex bona fide*, quibuſdam non additam. vnde illas bonæ fidei dictas, & inde etiam appellationem hanc ad ipſos contractus tranſlatam fuiſſe, probabile videtur, de quo *Balduin. & Hottom. ad §. action. Inſtit. de action.* Equidem effectus argui ſuam cauſam, & ipſa diuerſitas contractuum, diuerſitati formularum cauſam dediſſe videtur, vt non male diſputat *Gæld. d. contrah. ſtipul. cap 8. concluſ. 1 num. 8.* & probatur arg. eius, quod de contractibus conſenſu conſtantibus traditur *in l. 2. in fin. de oblig. & act. & inſ. Inſt. d. obligat. ex conſ. alterum alteri obligari in id, quod ex æquo & bono præſtari oportet*: attamen ex his conſequitur, hæc ipſa appellatione bonæ fidei contractus iſtos primo appellatos fuiſſe cum præſertim effectum illius diuerſitatis in iudicio præcipue apparuiſſe conſtat. Et igitur ita ſtatuo, quod contractuũ quidem natura cauſam dederit prætori, vt verba, *ex fide bona*, formulæ insereret, cæterum ab iſta formula contractus iſtos poſtea hanc denominationem accepiſſe: quomodo ſane paſſim in iure contractus appellantur, velut, vt ex innumeris aliquot loca notemus, *in l. 13. C. de pact. l. 1. C. de reſcind. vend. l. 11. C. locati. l. 3. C. de reb. cred. l. 3. C. ex quib. cauſ. maior. l 3. C. in quib. cauſ. integr. reſt. l. 21. §. 4. quod metus cauſa. l. 32. § 2. de vſur. l. venditor. comm. præd. l. 22. de donat.* Illud ſane minus probo, quod Gœdd. cit. loc. differentias iſtas, ſubſtantificas & eſſentiales contractuum qualitates eſſe contendit: vel quia diſtinctio hæc vtiq; quoad pleroſque effectus à iure ciuili potius eſſe videtur: vel quia pleræq; differentiæ non à forma interna fluere, ſed in præſtationibus quibuſdam conſiſtere videntur: & ita Iuſtin. *in l. vn. C. de rei uxor. act.* ſtipulationem dotis, accõmodando ei præſtationes bonæ fidei actionũ, ipſam bonæ fidei effecit: de quo alibi pluribus.

LIT. F.

Quantitate.] Controuerſia hæc eſt, an etiam res quæ pondere & menſura conſtare dicuntur, quantitatis appellatione veniant: quod cit. loc. negat Zaſ. hac ratione, quod illæ demum res quantitates dicantur, per quas res aliæ, quantæ ſint oſtendatur. Sed videndum eſt, an non vitioſa ſit hæc ratio: quoniam aliud eſt, dici quantitatem; aliud, per quod res quanta ſit, cognoſcitur, neque adeo hoc reſpectu tantum pecunia quantitas dici poteſt, ſed magis, quod non tam ſubſtantia ſiue materia eius ſed valor in conſiderationem hic venit, & ita mutuo dantur, quatenus adnumeratur, vt tantundem non idem reſtituatur, quæ conſideratio etiam ijs, quæ appenduntur & menſurantur, recte accommodatur.

Quæ hæc eorum ſimilitudo.] Pertinet hoc ad explicationem *l. 2. §. 1. h. t.* vbi dicuntur hæ res recipere functionem in genere ſuo; quia ſcilicet vna alterius vice ita fungitur, vt alia ſpecie reddita idem ipſum quod acceptum eſt, redditum videatur, *v. Goth. ad d. l. Duar. 1 diſp. 14. Robert. 3. ſent. 14. Iac. Curt. 3. quæſt. 30. Licl. 7. memb. 14. Hottom. diſp. I.C. de vſur. c. 2.*

Male ergo Accurſ.] Quæritur, an in panibus conſiſtat mutuum: quod ſimpliciter affirmat Trëu licet non ad pondus dentur, quoniam numerari poſſit. Quæ ratio vitioſa eſt, quod ita in quibuſuis fere rebus mutuum conſiſtere efficeretur. Enimuero hic numero conſiſtere dicuntur quorum quaſi quantitas numerando determinatur. Et facit iniuriam Bartholo, qui cit. loc. diſtinguit an panes habeant limitatam quãtitatem an ſecus: illo caſu non vero hoc ſine alia ponderatione panes mutuo dari poſſe. Quæ ſententia veriſſima eſt.

LIT. G.

An ergo non erit mutuum.] Affirmat mutuum eſſe, ſi eoſdem nummos, cum ijs nõ indigerem, reddidero. Quæſtio hæc plane ieiuna eſſe, & fere dubitandi ratione carere videtur: ſiquidem factum infectum fieri, & quod idem nummi redduntur, efficere nequit, quo minus mutuum recte fuerit contractum. Dixerim plane, iiſdem nummis ſtatim redditis, potius à mutuo abiri, & re in contrarium acta diſſolui contractum, non ſecus ac ſi rem commodatam, qua non indigebam ſtatim reſtituero.

Eadem ratione.] Eiuſdem fere farinæ iſta quæſtio & aſſertio eſt, mutuum eſſe, ſi alterius generis res reddatur, quia vtiq; hoc facere nequit, quo minus ab initio recte contractum mutuum dicatur. Et nimirum alia ratio eſt conſtitutionis contractus & ſatisfactionis poſtea ſequentis: ad illam quidem ſubſtantialia contractus concur-

rere

Digitized by Google

re oportet : hæc autem ex conuentione & conſenſu partium qualitcunque eſſe poteſt, & ſicut creditor plane debitum remittere, ita quoque aliud non ſolutum accipere poteſt : quomodo licet pretium rei venditæ non niſi in pecunia numerata conſtituatur, conſtituta tamen emptione, etiam pecora conſentienti in ſolutum dari poſſunt *l. 9 C. de reſcind. vend.*

THESIS II.

LIT. A.

Ipſa res.] Quatenus ſcil. præſtatur & traditur, quæ ſcil. natura eſt omnium contractuum, qui re contrahuntur.

Vnde ſi tibi decem.] Non videtur neceſſario ſequi ex præmiſſis, quoniam pactis incontinenti adiectis contractus natura variari & mutare poteſt: & poſſit perinde haberi ac ſi vndecimus nummus vſuræ locum obtineret, ſi quidem non paucis caſibus vſuræ mutui etiam ex pacto peti poſſunt, de quo actū eſt ſupra diſputatiōe ſexta.

Sed an ſaltem donationis.] Negat nummum adiectum poſſe peti tanquam ex cauſa donationis, duplici addita ratione. 1. quia donatio ob cauſam ſit impropria donatio. Quæ ratio aperte vitioſa eſt, quia ex cauſa donationis impropriæ, vel maxime actio naſcitur : adeoque ſi debitor quaſi pro compenſatione mutui gratuito accepti, pactum hoc adieciſſe proponatur, tanto magis actio erat concedenda. Altera ratio eſt, quod donatio nulla ſit, vtpote facta in fraudem legis ex qua non debeantur vſuræ ex pacto. Atquin nec hæc ratio concludit, quia cum iure permittente, vſuras ſtipulari liceat, nihil hic in fraudem legis actum videtur: neque lex, quo minus ex pacto debeantur vſuræ, hic impedimento eſt, quod alias in bonæ fidei contractibus idem eſſet, iuris, ſed natura mutui, quod & rei contrahitur, & actionem ſtricti iuris producit, vt oſtenſum eſt *ſupra diſput. 6. th.* 10. Fortaſſis rectior ratio hæc erit, quod partes de donando non egerunt, & contractus vnus, de quo tantum actum fuit, non poteſt quaſi diſcerpi in duos, neq; præter mutuum etiam donatio contracta videri, vt proinde propter indiuiduitatem contractus pars ex mutuo, pars ex donatione peti, aut præſtari non poſſit.

LIT. B.

Si quis tamen chirographo.] Cum mutuum, re contrahi dixiſſet, ſubijcit per modum limitationis, teneri eum, qui de accepta pecunia chirographum emiſit. Parum ſubtiliter: quia hoc caſu quoad intentionem actoris in iudiciū deductā, omnia perinde habentur, atq; ſi pecunia numerata fuiſſet, & hoc ipſum factū eſſe præſumitur, & ſi pecuniam non numeratā eſſe conſtaret protinus, actio denegatur. Quoniam autem in hunc locum incidimus, de obligatione iſta ex Chirographo, quam literarum dicimus paulò plenius agendum eſt: & quidem non de obligatione nominum quæ iam olim in vſu eſſe deſijt, vt teſtatur Iuſt *in pr. inſt. de lit. oblig.* de qua ſatis prolixe ibid Hottom. ſed de ea quæ proponitur *in d. tit. inſtit.* ſecundum quem literis obligari dicimur, cum ſpe ſecuturæ numerationis pecuniam nos accepiſſe profiteremur, eāq; nos reſtituturos pollicemus. Hanc quidem obligationem proponit Iuſt. *Inſt. de oblig. in fin.* & explicat *tit. 22. lib. 3.* Verum proprie loquendo nullam huiuſmodi obligatione ex literis eſſe, ſequentibus rationibus liquido demonſtrari poſſe exiſtimo, 1. eſt, quia natura intentionis & actionis, arguit qualitatē & conditionem obligationis tanquam cauſæ & matris, vt loquuntur Dd. *arg. l. 46 à 2. de procur.* Et ergo ſicuti qui ex re conſenſu vel verbis obligatum aliquem, habet rem traditam eſſe, conſenſum eſſe, promiſſum eſſe intendit, eoq; probato vincit, ita ſiquidem obligatio quædam ex literis eſt, recte intenderetur, ſcriptum eſſe, & qui ſcriptum eſſe probabit, in iudicio vincit. Atquin nulla talis intentio & actio iure noſtro tradita aut probata eſt: aio te mihi debere, quia ſcripſiſti: imo in hac obligatione, de qua quætim', neceſſe habet ſe creditor ſiue actor fundare in numeratione *l. 3. C. de non num. pec.* Hinc ſequitur altera ratio. Quo probato actor non vincit, in eo fundamētū obligationis eſſe nequit: atquin ſcriptura probata non vincit actor, neque ideo reus condemnatur, quod ſcripſerit ſe debere, ſed quod ex propria confeſſione pecunia numerata & accepta præſumitur : Tertia ratio eſt, quod in eo neceſſe ſit, fundamentum obligationis ineſſe, quod oppugnatur ab exceptione, quā ſcilicet intentioni per modum contractionis oppoſitam eſſe oportet : atquin exceptio quæ reo conuentio ex hac noſtra obligatione accommodatur, oppugnat non ſcripturam, ſed numerationem, quam reus factam eſſe negat *I. d. lit. oblig verſ plane.* Quod ſi ex ſcriptura hæc obligatio & actio eſſet, perinde inepte exciperetur de non facta numeratione, atque ſi agenti ex ſtipulatu talis exceptio opponeretur. Quarto argumento pro hac ſententia præbet, quod *Caius in l. 1. de obligat. & actio. & Vlp. in l. 1. de pact.* nullam

Digitized by Google

nullam mentionem huius obligationis faciunt, cum tamen ſpecies hæc obligationis illo tempore non fuerit ignota, quod probatur ex inſcriptionibus *l. 1. 2. 3. & ſeqq. C. de non numer. pecun.* longe enim ab hac diuerſa eſt, quam obligationem literarum appellat *Caius lib. 2. Inſt. tit. 9. §. 12.* Accedit quinto quod ipſe Iuſtin. *in fin. tit. de liter. obligat.* tempus ſe coarctaſſe ait, ne fortaſſis creditores pecunijs ſuis defraudentur: adeoque præſumi has numeratas, neceſſario conſequitur. Facit denique, quod Dd. quos ſequitur Treutl. *hac theſ. lit. C. in fin.* etiam tum huic exceptioni locum faciunt, vbi quis citra vllam ſcripturam coram teſtibus pecuniam ſe accepiſſe, confeſſus eſt. Et eſt igitur hæc obligatio non ex literis, ſed ex Præſumpto mutuo, quod pecuniam numeratã eſſe & intendere & ante biennium probare oportet *l. vlt. C de condict. ex lege l. 3. C. de non numer. pecun.* quod diſerte probat *l. 5. C. d. tit.* vbi hoc caſu dicitur peti, quaſi credita pecunia. Ita dico, ex præſumpto mutuo, quatenus debitor negando numerationẽ rem dubiã facit: cæterum ſi reſpicias intentionem creditoris, ex vero mutuo eſt. Et conſequenter fatendum eſt, quod hæc obligatio à Iuſt. abuſiue & improprie & pinguiori Minerua ex literis appellata ſit: quatenus ſcil. cõſideratur numeratio non facta, quo præſuppoſito agente creditore debitor qui nihil reuera accepit, quaſi ex literis conueniri & condẽnari videtur. Et nullius momenti eſt quorundam replicatio, quod hæc exceptio non numeratæ pecuniæ poſt biennium objici non poſſit, adeoque tum obligatio vtique eſſe incipiat: quoniam etiam poſt biennium eodem modo pecuniam numeratam eſſe creditorem intendere oportet: tempus non eſt modus introducendæ obligationis, & vbi vera obligatio eſt die aut cõditione non dilata vel ſuſpenſa, ſtatim naſcitur actio: & alias ſequeretur, in cauſa *l. 14. §. 2. C. de non nu. pec.* vbi exceptioni iſta triginta dies præfiguntur, poſt illos 30. dies demum naſci actionem. Et vero Poſt biennium non ideo excluditur hæc exceptio, quod tum demum noua naſcatur actio, ſed quod præſumptio numerationis, quæ initio infirmior eſt, autoritate legis decurſu biẽnij ita firmatur, vt neceſſitate ſoluendi creditor aſtringatur: quod merito ideo receptum eſt, ne creditor ſemper eſſet in ſuſpenſo, nec debitor perpetuo probatione numerationis factæ creditorem poſcere, & contra propriam confeſſionem venire poſſit. Atque hæc ex parte ſuboliuiſſe videntur *Conan. 1. comment. 6. num. 11. Forcat. dial. 75 in princ.* Et ex his corruunt diſputationes Dd. quas attingit *Cyn. in l. 14. n. 4. C de non num. pec.* quænam creditori actio detur, an actio præſcriptis verbis in factum, an condictio ex lege, & ex qua, an *ex d. l. 12* an *ex tit. Inſt de liter. oblig.* an *ex l.* quadã antiqua Græca, quam ſomniauit Petrus. Imo ſimpliciter dicemus, agendum condictione certi tanquam ex mutuo *per d. l. 5. C. de nõn pec ibi, quaſi credita pecũia petitur.* Corruit & illa diſputatio, quam mouet *Fach. 2. contr. 87.* qualiſnam hic oriatur obligatio, an naturalis & ciuilis ſimul, an ciuilis tãtum Reuera nulla obligatio eſt, ſed vt ſæpe dictum, præſumptiue, naturalis & ciuilis obligatio eſt.

Quid ſit procurator.] ait dominum teneri ex confeſſione procuratoris quia ſcripſit, ſe pecuniam mutuam accepiſſe. Atqui regulare eſt, vt ex conuentione procuratoris nec obligatio nec actio domino quæratur, & vice verſa non dominus, ſed ipſe procurator obligetur. Qua de cauſa etiamſi pecunia procuratori numerata fuerit dominum obligari negabo: huius tamen contrarium tanquam pro certo ponit Zaſ. allegatis locis, & inde etiam ex confeſſione dominum obligari concludit. Quam ſane conſequentiam, quod vtrobique eadem ratio, & vt ante dictum hoc caſu præſumpta numeratio, facile admitto, ſed antecedens nego: neque enim ex eo, quod ex numeratione alterius nomine facta illi actio quæritur, ex confeſſione alterius alium obligari poſſe vllo modo ſequitur: tum propter diuerſitatem illorum actuum, numerationis & confeſſionis, tum quod non vt conditio alterius melior, ita quoque vice verſa deterior fieri poteſt. Plane in procuratore improprio, qui tantum miniſtri & nuntij vice fungatur, in Treut. ſententiam deſcendo.

Lit. C.

Probare volenti ſemper.] Exceptionem hanc non numeratæ pecuniæ etiam poſt biennium admittit, ſi debitor onus probandi in ſe ſuſcipere velit. Vbi 1. notandum poſita literarum obligatione, eaque Poſt biennium præſertim efficaci ſententiam iſta manifeſto abſurdam eſſe, quod vbicunque exceptioni huic locus ſit, nulla obligatio ex literis ſtatui poſſit: quia perfecta in ſua ſpecie obligationi, exceptio quæ aliud genus contractus concernit, objici non poteſt. Certum ex vera & paulo ante probata ſententia, iſta opinio non omnino videatur abſurda, & quæ ſpecioſo æquitatis prætextu nitatur:

Id non ſatis conuenit generalibus textib. iuris, qui elapſo biennio omni modo exceptionem illam præcidunt & excludunt, *Iuſt. in fin. de liter. obl. l. 8 in fin. & l. 14 in pr. C. de non n. pec.* Scio quidem à Dd. loca iſta ad ordinariam opponendi rationem reſtringi, qua ſcil onus probandi reiicitur in creditorem: ſed haud ſcio an ratio illa altera proponendi exceptionem hanc iure noſtro probari poſſit: quamuis dici poſſit ideo textus illos de prædicta opponendi ratione commode accipi, quod regulariter negantis nume rationem factam, nulla ſit probatio: cæteroquin Dd. non patrocinatur *l. 13. C. non num. pecun. ibi, niſi ipſe è contrario per apertiſſima, &c.* tum quia ibi agitur de probanda qualitate, quod ex alia cauſa, & in alium modum obligatio contracta fuerit: quæ affirmatio eſt, non vt in noſtro caſu negatio: tum quia nullum ibi tempus præfixum hic autem ideo biennium indultum eſt, vt non tantum exceptio, ſed etiam conteſtatio & condictio proponi poſſit *l. vlt. C. de condict. ex l. 5. C. ſi certum pet.* vt adeo merito poſt tempus illud debitor negligens & ignauus non debeat audiri. Attamen & hic replicari poſſit pro Dd. quod nihil intereſſe poſſit affirmatiua, an negatiua probanda ſit, vbi ad huius probationem reus ſe offert, cui videndum eſt quomodo illam probationem impleat. Sed & difficultate & onere probationis negligentia illa quaſi coercetur, & æquius ſane eſt, probationem hanc audiri, quam per iniuriam debitorem condemnari. Et ideo magis probo ſententiam Dd. quam etiam bene confirmat *l. 25 §. vlt inf. d proba.* Adnotare hic libet errorem Forcat. *dial. 75.* vbi etiam creditorem ante biennium agentem probatione non onerari contendit, contra expreſſos textus *in l. 3. & 10 C. de non num pec.* quos ille plane diuinatorie & inepte reſtringit ad cautionem indiſeretam ſiue informem, cui cauſa debendi inſerta non eſt. Neque mouet ipſius ratio, quod præſumptio ſit contra debitorem, qui pecuniam ſe accepiſſe ſcripſit: etenim probatio imponitur creditori, ideo quod reus negans ex ratione certa non poſſit grauari onere probandi, quod docet *d. l. 10. C. de non num. pec.*

Quod multo magis.] Ex æquitate Iuris Canonici multo magis ait eſſe perpetuum, ꝙ creditor non numeratā pecuniā exigens, vix poſſit eſſe ſine mala fide. Atqui imo neceſſario eſt in mala fide, niſi forte hæredem proponas. Certior ratio eſt, quia probaturū, pecuniā ſibi ex cōuentione numeratam non eſſe condemnari, iniquum eſt.

Imo exceptio hæc.] Statuit Tr. cum Gomezio etiamſi in præteritum quis confeſſus ſit, & ita ex antecedenti cauſa, huic exceptioni eſſe locum. Cui ſententiæ obiicitur *l. 13 C. de non num pec.* ad quam reſpondet ibid. Cynus: eſſe eam accipiendam de aliis cauſis extra mutuum. Sed vix apparet ſufficiens differētiæ ratio: & ideo ibi aliorum contractuum mentio fieri videtur, quæ in his confeſſio de debendo non niſi ex antecedenti cauſa fieri poteſt. Et cum alias odioſa videatur hæc exceptio, vt creditor contra ſcripturā propriam debitoris probare cogatur, nolim eam facile extendere. Cum etiam ratio, in qua hæc exceptio fundatur, quod credatur quis ſpe ſecuturæ numerationis confeſſus eſſe, in hoc caſu omnino ceſſet. Et proinde malim ſequi contrariam opinionem, quæ præſertim eſt communis, vt apparet ex citatis *à Gomezio & Andr. Fachin. 2. contr. 83.*

Adeo vt ne ſtatuto quidem.] Duplex quæſtio eſt. 1. de ſtatuto certas tantum exceptiones admittente, 2. de inſtrumento paratam executionem habente, quod appellant guarentigiatum: de illa agit. *Fachin. 2. controuerſ 84. de hoc Gomeſ. variar. reſol. 6. num. 3.* illam affirmat Tr. nihilominus huic exceptioni eſſe locum cum Fachin. qui hac vtitur ratione, quod lex chirographum ſpe numerationis ſequuturæ datum eſſe præſumat. Quæ ratio falſa eſt, quia ita præſumeretur numerationem non eſſe factam, contra expreſſam debitoris confeſſionē. pro qua potius præſumendum eſt. Et quod creditor intra biennium probare tenetur, nō hanc rationem habet, quod contra eum præſumatur, ſed quia propter naturam negationis debitori probandi onus imponi non poteſt, quod docet *l. 10. C. de non num. pec* & alias ſi lex ita vt Fachin. putat, præſumeret, hanc exceptionem perpetuam feciſſet. Eoque contraria ſententia probabilis videatur, quod quiſquè eiuſmodi ſtatuti gnarus cum eſſe debeat, chirographum eiuſmodi non debuerit dare: niſi forte quis ita ſtatutum explicet, quod tantum excludere voluerit exceptiones moratorias & numerationem factam præſupponat. Quæ etiam ratio in altera quæſtione patrocinatur affirmatiuæ, quam etiam tuetur Cyn. *in l. 14. C. de non num pec q. 14.* quæ tamen ita fuerit limitanda, niſi ex notario aut teſtibus inſtrumento adhibitis probetur, debitorem eo tempore, quo inſtrumentum conficiebatur, nihil de nondum facta numeratione proteſtatum fuiſſe: quo probato nullo modo reum admi-

ſerim

ſerim ad hanc exceptionem.

Imo ne ei quidem] Ei quoque hanc exceptionem concedit Tr. cum *Fach. 2. contr 85.* qui coram teſtibus pecuniam ſe accepiſſe cõfeſſus eſt. Quam ſententiam nõ puto admittendam: quoniam nemo tam fatuus eſſe præſumitur, vt citra vllam mentionem nondum factæ numerationis, coram teſtibus pecuniam accepiſſe profiteatur: in quo manifeſta diuerſitatis ratio à chyrographo: ideoque tali debitori negandam hanc exceptionem deſendam, niſi creditorem doli mali, quod ipſi perſuaſerit diſſimulare numerationem nondum eſſe factam, conuincere poſſit.

Imo nec inter mercatores quidem.] Vix etiam ratio hic dubitandi apparet: neque enim hæc exceptio inter eas referri poteſt, quæ de apicibus iuris eſſe dicuntur, & quas in foro mercatorum non admitti vulgo receptum eſt. Hanc autem obligationem à mercatoribus originem traxiſſe quod Tr. ait, non ſatis probari poſſe exiſtimo: quod cum iſta obligatio, ſi modo ita vocãda eſt, ſit antiquiſſima, olim negotiationes tam frequentes, & adeo multi mercatores, fuiſſe non videntur: & dixerim potius, fraudes fœneratorum huic exceptioni cauſam præbuiſſe.

THESIS III.

Ponitur hic pugna quæ eſt inter *l. 15 h tit, & l. 34 mandati* in ea ſpecie, ſi inter dominum mandantem & procuratorem, qui illi ex cauſa mandati pecuniam debeat, conuenerit, vt pecunia credita eſſet, an mutuum contractum videatur: quod affirmat *Vlpian in d. l. 15. negat African. in d. l. 34.* Communiter diſtinguunt Dd. an procurator ille pecuniam habuerit paratam, de quo caſu accipiunt *dict leg. 15.* an non habuerit paratam: quod non diſplicet *Conan. 7 com. 1. n 9.* Sed *Coraſ. 6. miſcell. 16.* in reſponſo Africani tria expendenda exiſtimat, quod per epiſtolam inter abſentes pactum ſit, quod ſolus procurator epiſtola in id conſenſerit, & quod vſuræ pacto promiſſæ fuerint, quod natura mutui non admittit. Verum abſentia nec fictionem breuis manus impedit, & pactum æque inter abſentes & præſentes fieri poteſt. Cæterum *Robert. 2. ſent. 4 ad conciliationem harum ll.* inter procuratores diſtinguendum exiſtimat, an ſint nudi miniſtri pecuniæ exigendæ conſtituti, an procuratores veri, de illis accipit reſponſum Vlpian. de his Africani: neque deeſt differentiæ ratio, quod pecuniæ illis traditæ dominium nobis acquiratur, quod in his ſecus ſit. Et ſane ſi honori Iuſtin. conſultum volumus, qualis etiam conciliandi ratio admittenda eſt: cæterum. ICtos hac in re inter ſe diſſenſiſſe, plane mihi perſuaſum habeo. quippe quod ab Africano rationes duę quibus Vlpian. mouetur, expreſſe improbentur & refutentur: quarum prima eſt: ſi pecunia mea penes te depoſita nudo pacto mutua fieri poteſt. *l. 9 §. vlt. cum. l ſeq h t.* poterit etiam ea, quæ ex cauſa mandati penes te eſt, nudo pacto in mutuam pecuniam conuerti. Reſpondet Africanus reddita differentiæ ratione, quod illo caſu pecunia mea ſit, non autem hoc. 2. Si in duabus perſonis recipitur vt pecunia quam debitorem meum alii ſoluere iuſſi in mutuum vertatur, etiam in ead perſona recipi poterit, Reſpõdet African. quod illo caſu receptum benigne eſt, ad conſequentiam non eſſe trahendum.

LIT. A.

Vbi tamen male ſtatuit.] Reprehendit Cuiacium ſtatuentem, quod hodie ex qualibet cauſa nudo conſenſu mutuum contrahi poſſit. Atquin Cuiac. hoc ſtatuit ex ratiocinatione Afric. *in d. l. 34. mandati* cuius ſc. hæc connexio eſt, quod ſi eo caſu ex cauſa mandati mutuum contrahi diceretur, ex omni contractu nuda pactione creditam pecuniam fieri poſſe ſequeretur. Atquin, vt ſubſumamus, ex ſententia Vlpian. *in l 15. de reb credit* ex cauſa mandati nuda pactione mutuum contrahitur: & ergo iudicio Africani nuda pactione ex quacunque cauſa mutua pecunia fiet Sane nec Vlpian. fortaſſis generalẽ iſtam concluſionem admiſerit, eoque in collectione Africani conſequentiam negauerit: & vero ita generaliter iſtud non obtinuiſſe, colligitur *ex l. 6. C h. t* licet ibi non proponatur expreſſe hoc actum, vt pecunia in cauſam mutui conuerteretur, ſed tantum ſcriptum pecuniam mutuam eſſe: quod ſane veritatem rei mutare non potuit. Cæterum cui ridere libet, videat conciliationem iſtorum locorum traditam *à Licklam. 2, membr. 1.* iſta enim charitatis illinire piget.

LIT. B.

Obiter pro conſectario.] Non puto hoc recte ex prioribus deduci, quod res æſtimata recte detur, vt mutuum contrahatur: ſiquidem ille caſus de fictione breuis manus eſt, & de pecunia numerata, adeoque ab hoc diuerſus. Cæteroquin ſententia illa probatur *ex l. 8 C. h tit.* & amplius Vlpian. ſcribit, ſi res vendenda data ſit, vt pretio redacto vti liceret, mutuum contrahi *l. 11. in pr. h. t.* Cui tamen repugnat reſponſum

 eiuſdem

Digitized by Google

eiuſdem Africani *in d.l. 34. in fin. princ. mandati.* quam pugnam ibid. notat Cuiac *tract. 8 ad African. & Ant. Fab. 3 coniect. 19.* Frigidum enim eſt, quod Dd. fingunt *in d. l. 34.* non fuiſſe ita rem vendendam datam, vt pecunia vti liceret, ſed vt pretium redactũ prius ad ſe referret ut *Bart. & Zaſ in d.l. 11.* Commentitium etiam eſt, quod *Robertus 2. ſent 5.* hariolatur *in l. 11* rem venditam fuiſſe nomine dantis, ſed *in l. 34.* nomine proprio. Hæc quidem ita dici poſſunt, ſiquidem conciliandi ſunt textus: cæterum perſpicuum eſt, alijs rationibus Vlpianum & African. motum fuiſſe: quod ille fictionem breuis manus facilius ad alios caſus extendit, quod Africano diſplicuit.

THESIS IV.

LIT. A.

Qui & conſentire.] Generaliſſimum hoc cum ſit omnibus conuentionibus, non ſatis bene hic ad mutuum refertur, quod præſertim per traditionem contrahitur, & tranſlationem dominij requirit. Et ergo ſatis erat dixiſſe: qui dominiũ & adminiſtrationem habent: hi enim vtique & conſentire poſſunt.

Hinc diſſenſu circa cauſam.] Cum dixiſſet recte mutuum dare qui conſentire poſſunt, infert inde in allegat. non transferri dominium, ſi circa cauſas dandi & accipiendi interueniat diſſenſus. Quæ illatio vitioſa eſt non tam quod à particulari non recte infertur vniuerſale, cum hic de mutuo tantum agat, textus autem *in l. 36. de acquir. rer. dom.* generalis ſit, quam potius quod diuerſiſſima ſunt, perſonas non poſſe conſentire, & diſſentire in cauſis, vt apparet *ex d. l. 36 de acq. rer. dom.* cum etiam ex ipſius Tr. ſententia tranſeat hoc caſu dominium, quod tranſire non poteſt, vbi ratione conſenſus perſona inhabilis eſt. Sed nimirum Tr. captauit occaſionem proponendi pugnam inter *l. 36. de acq. rer. dom. & l. 18. in pr. h tit.* quam ita componit, vt verba *d. l. 18 accipientis non fieri*, ita explicet, non fieri perfecte, quominus nummi repeti poſſint. Quam conciliationem non probo 1. quia ratio decidendi *in d. l. 18.* ſumitur à defectu tituli, quem ſcil impediat diſſenſus & error, ſine titulo autem dominium tranſire nequit, *l nunquam 31. de acquir rer. dom. 2.* quia ex eo quod ICtus *in d. l. 18.* conſumptis nummis condictioni locum eſſe ſcribit, efficitur, vt extantibus nummis vindicationem competere fatendum ſit: quod dominio tranſlato etiam extantes nummi non niſi per condictionem repeti potuiſſent. & adeo apparet cõſumptione demum accipientem dominum factum, ante dominum non fuiſſe. 3 quia hoc quidem in iure legimus, alicuius fieri dici, ſed reuocabiliter, vt in materia fructuum: atquin aliquando dici aliquid alicuius non fieri, vt tamen dominium tranſeat, nullo iuris loco probari poſſe exiſtimo. Et longe diuerſo ſenſu *in l. 38. §. 3. de ſolut.* ſeruus ſolutus non dicitur perfecte factus accipientis: quoniam videl. propter incertum euentum conditionis vel ſtatu libertatis debitor perfecte liberatus videri non poterat. Frequentius diſtinguunt, an cauſa debiti præceſſerit, necne, quod poſt Accurſ. ſequitur Zaſ. *in d l 18.* Alij inter obligationem conſtituendam & diſſoluendam diſtinguunt. *Bart. in d. l. 18.* quam diſtinctionem Aretino tribuit *Charondas 2. verſ cap. 2.* vt ſcilicet ad poſteriorem caſum referatur *d. l. 36.* & verba eius, *tu eam quaſi creditam accipias*, ita accipiantur, vt ſcilic. accipias eam tanquam antea à te creditam, & iam ſolutam: licet haud ſciam, an hoc ſatis ſit ad mentem ICti, & forte hic quoq; pugnantes ſint opiniones, quas Treutl. & alij fruſtra quæſitis coloribus conciliare nituntur, quod vitium ipſe th. præc. in caſu ſimili alijs imputat.

Nummi repeti poſſunt.] Eod. modo paulo poſt hoc eod verbo *repetendi* vtitur. Atquin explicandus erat modus repetitionis, & genus actionis, qua nummi repeterentur, an ſit condictio, an vindicatio. Et iuxta præmiſſa vindicatio cõcedenda eſt, quia de caſu extantium nummorum hoc proponitur, cum in caſu nummorum conſumptorum ICtus det condictionem.

Repetenti vero domino.] Dicere debebat, condicenti, quoniam de conſumptis nummis quæritur. Et probo hanc ſententiam contra Accurſ. & Bart. quod extantibus nummis non poſſit dominus excludi exceptione, quippe quod hoc caſu vindicatio datur, quæ fundata eſt deficiente iuſta tradendi cauſa: conſumptio autem bona fide vtentem dominum cum faciat, ſimul æquitati exceptionis huius locum facit: qua de cauſa non ſatis accurate dicitur repetenti domino exceptionem obſtare: quoniam ipſa natura condictionis actorem dominum, non eſſe oſtendit. Et hoc tamen, quod exceptio obſtare dicitur, referendum eſt ad caſum qui proponitur *in d l. 18 in prin. h. t* quo pecunia donandi cauſa data eſt, & tanquam ex mutuo accepta. Quod ſi enim inuertas caſum, & pecuniam mutui cauſa datam tanquam donatam acceptã proponas, minime exceptio condicenti obſtabit.

LIT.

Digitized by Google

LIT. B.

Quia annui erant] Vbi magiſtratus perpetui ſunt, ceſſare putat ſententiam *l. 33. h. t.* qua præſides mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere prohibentur. Verum dubium facit ratio ab ipſo Tr. ex Salic. mota, quod cum ratio prohibitionis dependeat à præſumpta impreſſione terroris, eadem in perpetuis magiſtratibus militat: *& l 3. C. h. t. & l vn. §. 2. C de contract. iud.* indiſtincte loquuntur. Quin ſub principibus non ſemper annui erant magiſtratus, ſed ſæpe continuos aliquot annos in prouinciis relinquebantur, quod magis ſub Impp. poſterioribus, maxime Conſtantinopolitanis & vel præcipue Iuſtiniano, vt diuturniores eſſent magiſtratus prouinciales obſeruatum videtur: qui tamen cum textus illos prohibitiuos Corpori iuris inſeri fecerit, inde de eius ſententia iudiciũ fieri poteſt. Neque obſtat, quod *in l. 14 h t.* cur officiales fœnus exercere poſſint, hęc ratio redditur, quia perpetui ſint. Etenim fatendum eſt, iſtã rationem non eſſe perpetuam nec adæquatam, (tempore autem ICti, quo prouinciales magiſtratus regulariter annui erant, ſatis conueniens fuit) ſed hãc potius, quod cum perpetui ſint, & decedente etiam præſide in prouincia maneant, ceſſat impreſſionis ratio, quia à ſucceſſore imo ipſo deceſſore coerceri, & ſi quid peccaſſent, cum & ipſi prouinciales eſſent, poterant puniri: alias in officialib. vnà cum magiſtratu diſcedentibus eandem fuiſſe rationem docet *d. l. vn §. 3. Cod. de contr. iud.* Neq; adeo durum eſt, hoc genus commercii magiſtratui cum ſubditis interdictum eſſe, cum etiam cauſa cognita hoc à principe impetrari poſſit.

THESIS V.

LIT. A.

Ipſa ciuitas vt priuatus.] Tribus modis ciuitas cõtrahere poſſe videtur. 1. per ſyndicos, quibus rei pecuniariæ cura commiſſa eſt. 2. per eos qui ipſam rempublicam, conſtitui à populo repræſentant. 3. ſi ab ipſis tribubus plebis in vnũ conuenientibus communi conſenſu contractus fuerit celebratus. Secundum quæ tres quaſi gradus obligationis in ciuitate conſtitui poſſe videtur. Etenim primo caſu leuius obligatur ciuitas, nimirum fere tãtum actione de in rem verſo, quia vt docet Treut. hic. lit. C non poteſt creditor conuenire ciuitatem, niſi in quantum in eius vtilitatem verſum eſſe probauerit. Secundo caſu, vbi v. c. à Senatu contractum eſt paulo fortius communitas obligari videtur, vt etiamſi pecunia in eius vtilitatem verſa non probetur, conueniri queat: vt tamen ei (quoniam Senatus nõ directo neque principaliter, contrahendi, ſed adminiſtrandæ Reip. cauſa conſtitutus eſt) reſtitutionem ex cauſa concedendam eſſe exiſtimem, *iuxta not ſup. diſp. XI. th. 7. inſ* Tertio caſu firmiſſime & citra reſtitutionis auxilium eam obligari vt priuatum: idque velle videtur *Caſtr. in l ciuitas 27. h. tit n. 5.* ſi ipſi populo mutuum datum ſit, *poſt Br. ibid n. 2. idemque Zaſ ibid nu 11 & 12.* quamuis illi duos iſtos caſus, quos priores ſiue conſules remp. repræſentantes, & quo ipſe populus tributim contraxit, confundere, & tãquam vnum tractare videantur. Enim vero vtcunque non præciſe omnes aut conueniant aut conſentiant, & non longo poſt tempore iidem qui contraxerunt, non ſuperſint: attamen quod à maiore parte concluſum eſt, omnes tenet, & ſubrogatio ſapit naturam ſubrogati, & non perſonæ in indiuiduo, ſed ipſæ potius tribus, in & ex quibus ciuitas conſiſtet & conſtituitur, conſiderandæ ſunt: quomodo de grege ſemper eodem manente diſputant ICti: *de quo Hott. ill q 8.* & alias nemo vnquam cum ciuitate contracturus foret.

LIT C.

Cum dixiſſet ciuitates non obligari, niſi quatenus in earum vtilitatẽ pecunia conuerſa probetur, inde eſſe ſubiicit, vt perpetuo ciuitati cõpetat exceptio non numeratæ pecuniæ. Quæ mala eſt conſequutio: quoniam recte Franciſc. Ripa citatus à *Fach. 2. cont. 87.* (licet ſine iudicio hoc improbet Fachin. & neſcio quas nugas agat de exceptione non numeratæ pecuniæ, exceptionem non factæ verſionis continente) diuerſas eſſe tradit duas iſtas exceptiones, quod vltra contractus nullitatem reſpicit, altera eius validitatem præſupponit, & exceptio illa non factæ verſionis, numerationem factam eſſe præſupponit. Et ſiquidem ciuitates non obligãtur, vbi in rem earum verſum non eſt, exceptione numeratæ pecuniæ non indigebunt: ſicut ex aduerſo, vbi in earum vtilitatem verſa pecunia eſt, nulla exceptione defenduntur.

LIT. D.

Ei quod proponit in th. ipſos adminiſtratores teneri, tres ſubiicit limitationes, niſi ſpecialiter conceſſum ſit, niſi conſilium ciuitatis. & niſi officiales cõtraxerint. Atquin duæ poſteriores exceptiones de regula non ſunt, quæ de adminiſtratoribus loquitur: eoque hoc referendũ erat ſub lit. A. vbi ciuitas tãquã priuatus dicitur obligari

Digitized by Google

ligati: quod iuxta paulo ante notata accipiendum eſt.

Lit E.

Condictionem ob cauſam dati.] In caſu propoſito adminiſtratores non ex mutuo condictione certi teneri ait, ſed condictione cauſa data. Mihi vero ſpecies iſta condictionis, conſiderata eius natura, minus recte huc accommodari poſſe videtur: & fortaſſis contra Tr. defendetur, recte ex mutuo iſtos obligari, ad inſtar procuratoris cuiuſdam: idq; *in l. ciuitas 27. h. t. gl.* nõ obſcure probat, dum ait, ipſos accipientes principaliter teneri, eamq; opinionem communiter à Dd. probari fatetur *Caſtr. ibid. n. 5.* qui tamen diuerſus abit, eo quod officium hoc ſit neceſſariũ. Et poſſit argumentum duci ab exemplo inſtitoris *ex l. vlt. de inſt. action.* aut fortaſſis diſtingui, an creditor ipſius adminiſtratoris, an ſolius ciuitatis fidem ſequutus, & huius contemplatione pecuniam mutuatus fuerit: quo caſu difficilius cõdictione certi tanquam ex mutuo conueniri poterit adminiſtrator. Quem fortaſſe caſum reſpexit Tr. & cum fraus adminiſtratoris, pecuniam non in ciuitatis, ſed in ſuos vſus conuertentis, ipſi prodeſſe non debeat, adeoque pecuniam ab eo exigi poſſe, ipſa ratio dictet, hoc reſpectu condictionem cauſa data propoſuit. quod creditor, qui contemplatione ciuitatis tantum pecuniam dat, quaſi ſub hac conditione, vel potius in hũc finem dare intelligitur, vt adminiſtrator in vſus Reipubl. cam conuertat; quo non facto, quod oppoſita a ciuitate exceptione non verſionis, conſtare incipit, merito tanquam ceſſante cauſa, propter quam dati fuerunt, adminiſtratori poterunt condici.

THESIS VI.

Hæc quidem ita ſtricto iure.] Dependet hoc à th. 4. vbi eos tantum mutare poſſe tradidit, qui dominium & adminiſtrationem haberent.

Pupillus, furioſus prodigus] Cum bona fide conſumptos nummos proponat, neceſſum eſt, quod accipiens errore ductus non furioſum & non prodigũ eſſe putauerit, quod & docet *l. 12. in pr.* eoque in pupillo, de quo tamen eſt textus *in l. 29. §. 1. h. t. & in §. vlt. Inſt. quibus alien. licet.* difficilius hoc obtinebit, quod vix ignorari poſſit eſſe aliquem pupillum, error autem iuris patrocinium non præſtat: quamuis verum ſit, ignorãtiam iuris prodeſſe ad excuſandũ à dolo, & fortaſſis quod dicitur, eum qui mala fide conſumpſit, ad exhibendum teneri *d. §. vlt.* non excludit condictionis concurſum, ſi quis mitiori via experiri velit: & in caſu, quo nummi alieni mutuo dati ſunt, etiam mala fide conſumptorum, non niſi condictio eſſe poſſe videtur, quod dans non fuerit eorum dominus, & tentare liceat, ſimpliciter, conſumptionem circa malæ vel bonæ fidei conſiderationem dominij acquirendi modũ eſſe, *arg. l. pen. C. de condict. ex lege.* vbi contra malæ fidei poſſeſſorem, qui conſumpſit fructus, condictio datur: & quod *in d. §. vlt.* actio ad exhibendum datur, hoc fit prætextu, ac ſi dolo deſiiſſet poſſidere.

Mutuum conualeſcere.] Et ergo neceſſaria conſequentia, dabitur condictio certi ex mutuo: adeoq; de hoc Tr. in allegatis non quærere, ſed illud tanquam priori conſequens proponere debebat: & Accurſ. dum condictionem ſine cauſa proponit, proculdubio mutuum conualeſcere negabit: quem ſequi videtur *Bald. in l. 2. h. t.* vbi ex generali æquitate agendum ait, & ibid. cum gloſſ. nimis ſubtiliter quam par eſt, diſputat de defectu conſenſus & dominij. Etenim ſimpliciter ita accipiendus videtur ICtus, vt ſiue ob perſonam dantis, velut pupilli, ſiue qualitatem nummorum, qui ſint alieni, accipiens dominus factus non fuerit, conſumptione tamen vtrumque hoc vitium ita emendari, vt perinde habeatur, ac ſi illo caſu qui dedit, adminiſtrationem, hoc dominium habuiſſe videatur, ad eum effectum, vt condictione agi poſſit, quam quidem poſteriori quoque caſu ei, qui alienos nummos dedit competere, probant hæc verba *l. 13. §. h. t. ſi alienos nummos dedi, non ante mihi teneris, quam eos conſumpſeris.* Ex quibus confirmatur Treutl. ſententia, condictionem ex mutuo dari, quod etiam probare videtur *Caſtrenſ. in l. 11. in fin. h. t.* vbi ſimpliciter ait, conſumptione mutuum conciliari.

Vbi eleganter inquirit.] Præmiſit, conſumpta pecunia conualeſcere mutuum, & ad hoc confirmandum adducit Cuiac. inquirentem, cur liberatio non contingat, niſi conſumpta pecunia. Atqui aliud eſt de liberatione, aliud de obligatione per conſumptionẽ inducenda diſputare: quanquam verum ſit vtrumque ab eodem pendere fundamento: Nimirum vt paulo ante dictum impeditur tranſlatio dominij, vel quia ſoluens non habet adminiſtrationem, vel quia non habet dominium: hæc ratio iuris, quod vt mutuum contrahatur, vel liberatio contingat, neceſſe eſt, vt accipiens fiat dominus: quod cum numeratione ſola fieri non poſſit, fit demum conſumptione, quæ iuxta ante notata modus eſt acquirendi dominij *arg. l. 56. de fideiuſſ.* eoque

hoc

Digitized by Google

hoc operatur, atque ſi initio recta & ſtatim dominium tranſlatarum fuiſſet: eoque porro in caſu priori condictionem, in poſteriori parit liberationem. Plane ſi cauſa ſoluendi inhabilis fuerit, etiam conſumptis nummis, condictio eſt, velut ſi pupillus ſoluat, quod ſine tutore contraxit, *l. 29. de condict. indeb. de quo inf. diſp 22.*

Hoc quidem recte niſi cum Dd. Subobſcurum eſt, quod hic de duplici condictione, quam Dd. ſtatuant, proponit: ſed puto hūc eſſe ſenſum, quod ſententia Accurſij condictionem generalem in hoc conſumptionis caſu concedentis, defendi poſſit, niſi ille cum Dd. condictionem certi ex mutuo, à condictione generali omnimodo ſepararet, & ita hoc caſu, dum generalem condictionem concedit, condictionem certi ex mutuo negaret, *de quo infr. th. 10.*

THESIS VII.

LIT. A.

Puberes mentis compotes,] Hoc itidem ad locum communem de oblig. pertinet, & nihil hic iſtis ſpeciale autem tantum in filiofam. qui etiam ſolum excipiendus erat.

LIT. B.

In odium fœneratorum] Probatur *ex l. 40 in fin. pr. de condict. indebit.* concurrente tamen fauore patris *l. 1 in fin pr ad SCtum Maced.* ibi, *expectata patris morte*: quod quidem odio illi præbuit cauſam, adeoque in proponenda ratione impulſiua & inductiua huius SCti male omiſſum fuit: & *in d. l. 40.* opponuntur creditor & debitor, quod ſc SCtum, contra quam accidit in Velleiano, nō reſpiciat fauorem filijfam. quippe qui ex omnibus cauſis tanquam paterfam. obligatur *l. 39. de obl. & act.*

LIT. D.

Ex præmiſſis colligitur ratio, cur filiusfa. renuntiare non poſſit SCto, eaque duplex, quod Senatus creditores coercere & punire, & ſimul ſecuritati patrum proſpectum voluerit: in quod vtrumque cum nullum filio ius ſit, fruſtra etiam renuntiat. cui conſequens eſt, vt nec iuramentū quicquam hic valeat operari, vtcunque de effectu iuramenti ex iure Can diſputetur: cum præſertim ratio ICti in hoc quoq; fundetur: ne cauſa peccandi malis moribus præbeatur, *l. 1. in pr. ad SCtum Maced.* Poſsit quidem ita diſputari, quod hæc corruptio morum inſidiæ vitæ parētum ſint ex accidenti, quæ mutuationem nec per ſe, neque neceſſario ſequantur, cum præſertim filius præſumi non debeat, vitæ paternæ ſtructurus inſidias, quod alias præſertim in emancipato quoque SCtum locum ſit habiturū, qui & olim iure prætorio, & hodie iure ciuili ſuccedit. Attamen, cum quod quidam facit, quiuis facere poſsit, & cauſas peccandi præcidere expediat, magis probanda eſt ſententia negatiua. Emancipati alia ratio eſt, qui omnia ſibi nihilque patri acquirit, & liberrimam bonorum ſuorum habet adminiſtrationem: & filiusfam. qui frugi eſſe velit, inſcio patre pecuniam mutuam non ſumet.

Quæ nemini vult fraudem ſuam.] Hæc ratio nimis eſt generalis ad improbandam renuntiationem, quod in eo præſumatur fraus, qui inducit filiumf. ad iurandum quem ſciebat iuris communis beneficio eſſe tutum: tum quia iuramenti religio magis attendi debeat, quàm alia præſumptio fraudis: tum præcipue quod hac ratione omnes iuratæ renuntiationes, fere etiam cōtractuum confirmationes euerterentur, velut in muliere intercedente ſucceſsioni renuntiante, alienationi prædij dotalis conſentiente, in minore contractum confirmante & alijs id genus habilibus, qui in iurati beneficio iure communi tuti ſunt, iurati excludūtur, & ob hoc ipſum, vt excludantur, ab iis exigitur iuramentum, & excluduntur merito, cum iuris ſui non ignari iuramentum interponant.

Neque firma iuris.] Improbat diſtinctionem Gomezii, vt filius hoc caſu in vita patris efficaciter non obligetur, (ita enim inſerta negatione legendum eſt) poſtea vero contra. Videtur ea hac ratione niti, quod effectus SCti etiam poſt mortem patris, & vbi filius paterfam. effectus eſt, operetur ita vt probabiliter defendi poſsit, poſt mortem patris, exceptionē SCti ipſo iure competentem, replicationem iuramēti elidi poſſe. Quamuis tutius videatur ſimpliciter ſequi negantem ſententiam, propter ſupra adductas rationes: ne quod initio vitioſum eſt, ex accidenti conualeſcat, & quod hic militet ratio SCti *l. 1. in fin pr. nullius filiuf. poſſe bonū nomen fieri*: & quod ita nihilominus metuatur periculum corruptionis morum & inſidiarum, idemq; odium feneratoris.

LIT. E.

Neque minus paterfam] Obſcure proponit de patref. honore vel dignitate functio; Senſus hic eſt, ei qui dignitate & honore patria poteſtate liberatus eſt, hanc exceptionem non denegari vt ideo pro, *functus*, legēdum videatur, *factus*, quæ ſententia eſt *Coſtalii in l. 1. inf. ad SCtum Macedon.* & in terminis *Salic. in d. l. 1. 6 vlt.* ex ratione, quod tantum liberati intelligantur patria

poteſta-

poteſtate in fauorabilibus, non vero in odioſis, quam rationem proponunt, licet non in huius quæſtionis terminis, citati à Coſtalio, *Salicet. in auth. ſed Epiſcopalis. C. de Epiſcop. & Cler. Bart in l. itē 3. in fin. de his qui ſunt ſui.* Sed mihi magis probatur ſententia *gloſſ. in d. l. 1. §. vlt. & Caſtrenſ. ibid. nu. 2.* vbi in terminis tradit, quod ſtatutum diſponens, ne filius officio publico fungens, ſine patre contrahere poſſit, non habet locum in ea ſpecie officii, quod liberet poteſtate patris. Et vero magis eſt, vt generalis illa ratio *Bart. & Salicet.* falſa habēda ſit, & quod SCtum hoc principaliter fauorem illi non ſpectet, ſed vt ſupra dictum odium fœneratoris, & ex parte filii periculo corruptionis & inſidiarum in patrem, occurrat: quas præſumptiones, excludit qualitas dignitatis, poſtquam ſcil. hi non amplius ſunt filiifam. nam aliàs olim licet itidem v. c. in conſule eædem præſumptiones ceſſarent, attamen quia filiusfamil erat, non poterat non Senatū conſultum habere locum. Et cum ita liberati poteſtate patris omnia ſibi acquirunt, aut ceſſabit in iis SCtum, aut nulla ratio reddi poterit, quamobrem non idem in emancipatis locum debeat habere. Facit quod *in d. l. in fin.* ceſſat SCtum in filio, qui peculium Caſtrenſe habet, non alia ratione, quàm quod hoc peculium pleno iure filii eſt. Fruſtra igitur affertur *dict. l. 1. §. vltim.* quam Accurſ. rectiſſime iure nouo ſublatam eſſe docet, ſiquidem loquitur de conſule filiofamil.

THESIS VIII.
LIT. A. & B.

Ait ceſſare SCtum, ſi filius agnouerit partem vel totum. Vbi homonymia latet in verbo, *agnoſcere*: quia dicitur hic agnoſci debitum vel verbis, vel facto per ſolutionem: de quo caſu agnitionis tacitæ agere Tr. colligitur *ex cit. l. 7. §. vlt. de SCto Macedon.* Vbi illud controuerſum, an ſoluendo partē totum debitum filius agnouiſſe videatur, ita vt ſuper reſiduo conuentus exceptionem opponere nequeat: quod affirmat Tr. patet ex eo, quod diuerſum ſtatuit lit. B. in pignore, ad cuius quantitatem vſque tantum obſtet exceptio, *ex l. 9. in princ. ad Macedon.* quæ ſententia eſt *gloſſ. in d. l. 8. §. vltim. & ibid. Caſtrenſ.* vbi ait, etiam ſi filiusfam. effectus paterfamil. vnum nummum ſoluerit, ad totius ſolutionem eum adſtringi. Quæ ſententia mihi valde dubia, & ratio differentiæ inter pignoris dationē & ſolutionem partis, perobſcura videtur: quia non minus pignoris datione, quàm ſolutione partis debitum agnoſcitur: neque ſatisfacere poteſt differentia inter principale & acceſſoriū, & ſicut pro parte ſolui, ita & pro parte debiti pignus obligari poteſt: quinimo obligatio pignoris magis etiam quàm ipſa principalis obligatio indiuidua videtur, *arg. l. 3. Cod. de negot. geſt.* & licet fingas in ſpecie *l. 9. in pr. h. t.* in partem tantum pignus obligatum eſſe, eo ipſo tamen neceſſario partem debiti principalis agnitam fatearis oportet, ex eo quod idem ius, quod in ſolutione partis eſt, conſequetur. Et ideo videamus, an defendi poſſit, ei qui partem ſoluit in reſiduum conuento non denegari exceptionē: vt ſcil. agnitio debiti vel ſolutio ſtricte accipiatur, & ad retentionem tantum non ad actionē proſit: quæ ſententia olim, referente Accurſ. fuit Bulgar. eamque probat *Gonan. 7 comment. 2. num 8.* Non obſtat ratio Accurſ. 1. quod ita nihil ſpeciale eſſet in patrefam. facto, cum etiam filiusfam ſoluens non repetat: quoniam hoc falſum eſt *l. 40. in fin prin. de cond. indeb.* Non obſtat altera ꝙ ICtus dicat *in l. 7. §. vlt. ad Maced.* ceſſare SCtum, & ſolutum non repeti: quaſi ita & exceptio & cōdictio negetur: quia imo hoc retorqueo, & contendo ambiguam illam phraſin, ceſſare SCtum, explicari per verba ſequentia, quæ aliàs neceſſaria non eſſet (quoniam contra quem datur actio, ei multo magis negatur exceptio) quib. explicat ICtus, quomodo intelligi debeat ceſſare SCtum. Quam explicationem confirmat *§. præcedens pen. in d. l. 7.* in qua opponitur pater filio: quod ſc. ille quamcunque partem ſoluendo totum agnoſcere debitum intelligatur, quia ita approbat, & ratum habet contractum filii: neque dubium eſt, ſi pater pignus dederit, idem reſponſurum fuiſſe ICtum: & cum itaque pignore dato ab ipſo filiofam diuerſum ſtatuatur *in d. l. 9. in pr. ad Maced.* diuerſum etiam in ſolutione partis probabiliter ſtatuemus. Magis obſtat tertia Accurſ. ratio, deſumpta *à pr. d. l. 9* verbis, *ſed ſi*, quæ iuris diuerſitatem inferre videntur. Verum ex iſtis male conſutis centonibus nihil ſolidi concludi poſſe exiſtimo, cum præſertim interiecta ſit *l. 8.* & facile excidere potuerit particula. Et, qua inſerta tota res liquida redditur. Nihil autem obſtat, quòd à Caſtrenſ. monetur, *ex Authent. Sed cum teſtator. C. ad L. Falcid.* vel quia à diuerſis nihil ſolide infertur, vel quia loquitur de hærede, qui cum menſuram ſubſtantiæ ſubtiliter agnouiſſet, legata quædam ſoluere cepit: vel quia agit de legatis ſolenni teſtamento relictis; cæterum ex teſtamento

mento

Digitized by Google

mento imperfecto vnum legatum, vel legati partem ſoluentem ſibi nō præiudicare communis ſententia habet, teſte *Claro §. teſtamentum q. 90 n. 7. de quo gloſ. Bald. Alexand. Salic. Caſtr. Iaſon in l. non dubium. 16. C. de teſtamen.* & alias nullus hic eſt fauor, qui ſuſtinet vltimas voluntates: vt proinde nulla ſit reſponſio *Caſtr. in d. l. 7. § vlt. ad Maced.* ſpeciale eſſe in exceptione odioſa: quin imo magis odioſa eſt exceptio, cuius beneficio voluntas defuncti euertitur, & ex aduerſo fauorabilis potius exceptio, qua ſuccurritur filio fam. contra improbum fœneratorem: ex quo fundamento, vt notatum *ad th. praec. inf.* defendit Tr. etiam ei, qui dignitate patrefam. factus eſt huc exceptione ſuccurri.

LIT. E.

Illud expediti iuris.] Neque minus expeditum eſt, tractationem iſtam nihil huc pertinere.

Adeo vt ne quidem.] Inconcinna videtur hæc limitatio: quod filius abſtinens, nec quidem ex fructibus feudalibus teneatur ſatisfacere creditoribus paternis: quia certum eſt, non niſi heredem teneri: quod ſi igitur jure filius abſtinet, & iure proprio feudum retinet, non tenebitur eo nomine creditoribus patris. Adeoque limitatio ſubiecta, niſi ſit feudum hæreditarium: effectu eadem eſt: ac ſi dixiſſet; niſi ſit hæres: quoniam ſcil. feudum hoc repudiata hæreditate retinere non poteſt, quamuis ego putem veriorem eſſe ſententiam, quæ idem in feudo ex pacto & prouidentia ſtatuit, de quo *inf. par. 2. diſp. 12. th. 4*

Aut niſi ſtatuto.] Hoc pertinet ad remotiora, quod filius non teneatur ob æs alienum patris Hoc tamen ſtatutum durum eſſe, citato loco ait Mynſing. & inſuper tantum hoc proponit in filio mercatoris.

THESIS IX.

Theſis hæc tota fugitiua eſt, quia quæ de pupillo prodigo, minore proponuntur, ad communem locum de obligationibus pertinent, (nec ſpeciale quid in mutuo,) explicata *ſupr. diſp. 6.* quo hoc remittimus obiter tantum quædam adnotaturi.

LIT. A.

Quod effectum conſtitutione Pij.] Scilicet vt locupletior factus etiam conueniatur: cæterum per ſe naturali rationi conuenit, vt pupillus hoc caſu obligetur: quin etiam aliquo modo locupletior non factus: quod contra Cuiac. quem male hic quoque ſequi. Tr. probauimus *ſupr. diſp. 6. th. 5.*

LIT. B.

Quod & in prodigo verum eſt] *Ipſa citata l. 6.* contrarium probat, quippe in qua prodigus cōparatur furioſo. & fideiuſſori ē pro eo interuenire negatur: quod de re & conciliatione *d. l. 6. cum l. 25. de fideiuſſ.* actum eſt citato loco.

Sed quem accipiemus prodigum.] Quærit an prodigo lege, an decreto Magiſtratus bonis interdicatur. & licet poſterius magis probat, tamen illud quoque defendi poſſe exiſtimat. Ego vero iuridice & politice loquendo hoc defendi poſſe nego, vt quis prodigus lege habeatur, & multo minus, vt lege bonis interdicatur: ſiquidem ille hoc ſenſu prodigus eſt, cum quo contrahi non poteſt: & cum citra curatoris conſtitutionem prodigo interdictum bonis videri non poſſit, lege curatores dari nequeunt prodigo. quoniam quis prodigus ſit, non lege definiri, ſed cauſa cognita & ex circumſtantiis definiri poteſt & debet. Illud tamen admittam, etiam ante decretum iudicis, aliquem cui interdicta adminiſtratio non ſit, moribus eſſe & haberi poſſe prodigum: quod rationes Ethicæ euincunt, & non obſcure docet textus *in l. 55. in fin. de admin. tutor.* ex quo male Tr. putat probari non niſi decreto *Magiſtratus* prodigum conſtitui: quo ſane caſu, ſi ita profuſus aliquis fuerit, vt facile quis de prodigalitate iudicium facere potuerit, qui cum tali contraxerit, non excuſabitur: de quo ſæpe *d. loco diſp. 6.* pluribus actum eſt.

LIT. C.

Non etiam in pubere minore] Hic vtique proculdubio naturaliter obligatur: Tr. autem, quod ex allegatis paret etiam ciuiliter obligari putat: de quo itidem tractatum eſt *in d. diſp. 6. th. 5.* vbi confutauimus explicationem *Vult. ad l. 3. C. de reſt. minor.* quam male hic probare videtur Treut.

Quin etiam curatorem non habens] Hoc quidem ratione dubitandi caret, quod minor non reſtituatur, ſi locupletior factus probetur: quod vtique omnis reſtitutio præſupponit læſionem: & illo caſu etiam pupillus efficaciter tenetur: licet etiam homonymia ſit, in verbis, *locupletiorem factum:* qui cum hoc ſignificat, etiam non factum pauperiorem *l. 48. de ſolut.* minor aliquando qui reuera pecuniarium damnum non ſenſit, ſi forte ad rem venditam habeat affectionem, reſtituetur.

THESIS X.

Lit. A.

Incongrua hac theſi locutio eſt, condictionem certi competere ex omni actione, ex qua certum petitur: cum dicere debuiſſet competere ex omni contractu ſiue obligatione, &c vt ait ICtus *in l. 9. in pr. de reb. cred.* Nam vtique condictio quæ ipſa actio eſt, ex actione competere dici nō poteſt. Sed & male ibidem condictionem, quæ ex hoc contractu naſcitur, generalem appellat, ſiquidem ex ſpeciali contractu actio generalis naſci nō poteſt. Sed nimirū hic locus eſt tractādi agitatā illā quæſtionē, an ſit vna, an duplex vel multiplex condictio certi, in qua diuerſas priſcorū interpretū, necnō citra montanorū & vltra montanorum opiniones fuiſſe, tradunt *Cyn in rubr. C. ſi cert. pet. & ibid. Salic. Chriſt porc. ad pr. Inſt quib. mod re contr. oblig. Bart.* & quamplurimis in vtramque partem citatis *Iaſon in l. certi 9. h. t. col. 4.* qui tamen vt ibid. in Caſtrenſ ita hæc proponunt, vt ſententiam vtrorumque & in quo illa conſiſtat pugna animaduertere, non adeo ſit in procliui. *Accurſ. in d. l. 9.* proponit condictionem generalem pro omnibus contractibus, & ſpecialem ex mutuo tantum. Sed non abs re eſt, quod *Cyn. in d. loc.* ex quorundam ſententia proponit tertiam, ſpecialem ex ſtipulatu *argum. princip. Inſt de V O.* Et parum logice Dd. condictionem generalem ex ſingulis contractibus proponere videntur, hac ſaltem differentia, quod vt Cyn ait, hactenus indiuiduo interſit, quod alia Caio, alia Seio concedatur. Ego opinionem illam citramontanorum, quam *gloſſ in d l. 9. Cyn Salicet. ad rubric. Cod. ſi cert. pet. Bartol. Caſtrenſ. Iaſon in d. l. 9.* ſequuntur, de duplici condictione, ita conſtituendam & explicandam cenſeo Ex contractu mutui, vtpote ſpeciali, & frequentiſſimo, naſci ſpecialem ac propriam actionem, quæ in ſpecie dicatur condictio certi, non ſecus ac ex vendito, locato, &c. ſuæ actiones oriuntur, plerumq; ad certum itidem competentes. Eſſe autem aliam generalem condictionem certi, & vt pluribus actionibus locus eſſet, & propter iuſtas cauſas, quas ex parte notat *Accurſ. in l. 9 h tit & ibid. Br. num.* 10. introductam, & omnibus obligationibus, ex quibus certum petitur, accommodatam, cum actionibus reliquorum contractuum concurrentem, adeoque etiam cum actione ex mutuo: vt proinde non tam natiua, quam datiua eſſe videatur. Hæc ſententia eſt *Accurſii in d. l. 9. & citatorum, Cin. Salicet, Bart. Iaſon* ſupra notatis locis, & vt loquuntur, citramontanorum. Cæterum vltramontani relicti à *Iaſone in ſæpe d. l. 9 h tit.* exiſtimant, actionem quæ ex mutuo datur, ſub illa generali condictione certi contineri, eandemque eius eſſe naturam cum illa condictione certi, quæ cæteris omnibus contractibus accommodatur. Inter vtramque opinionem effectu nihil aut parum intereſt, neque difficile eſt argumentis pro vtraque parte ſupra add. ictis locis à Dd propoſitis, reſpondere, videri poſſit, actionem ex mutuo priorem fuiſſe condictione illa generali, poſtea recepta & introducta: cæteroquin poſtquam hæc introducta eſt, non abſurde dixeris, iſtam quoque condictionem, ſub generali illa condictione certi comprehendi poſſe. ita vt natura huius generis etiam iſti actioni conueniat, quæ tamen reſtringatur adiectione mutui, de quo etiam pluribus agit in Tr. *p. 7. diſp. 27. th. 8.*

Actio calendarij.] Ita in ſpecie ait vocari condictionem certi, vbi pecunia ſub vſuris credita eſt Quod ex eo dubium videtur, quoniam vſuræ non ex mutuo, ſed ex ſpeciali contractu ſtipulationis debentur: & fortaſſis alio reſpectu actio Calendarij dicitur, quod priſci Romani debitores & nomina ſua in Calendariis notare ſolebant.

Lit. D.

Sed an etiam hæc actio] Incidit hic controuerſia, quiſnam dicatur contractus incertus *in l. 9. h t.* Et Cuiac. quidem intelligit contractum innominatum: quam olim quorundam ſententiā fuiſſe refert *Bart in d l. 9. n. 13.* ſed improbat eam ibid. Donell, neque ſatis rationis videtur, quod contractuum illorum vaga aliquatenus & incerta ſit natura: & cum *in d. l.* ex contractu incerto certi condictio dari dicatur, actio præſcriptis verbis, ad intereſſe, & ita ad incertum datur. Fortaſſis tamen aliquando ex cauſa contractuum innominatorum, in quos varij plane incidunt caſus cōdictioni certi poſſit eſſe locus: quomodo condictio cauſa data, cui regulariter in contractib. innominatis locus eſt, aliquando ex cauſa contractus nominati conceditur *l. 15. §. 6 locati.* Neque obſtat *l. 1. 2. & 3. de præſcrip. verb.* vel quia vt diximus quibuſdam tantum ſingularibus caſib. condictioni certi locus eſt, vel quia textus illi de ſpecialibus & ordinariis ex contractu innominato naſcentibus actionibus loquuntur. Sunt qui diuiſionem contractuum in certos & incertos ab obiecto deſumptam putant, quomodo ſtipulatio alia certa alia incerta vocatur

vocatur *l. ſi pœnã 68 & l. 74 cum ſeq de V. O.* quod non videtur diſplicere *Accurſ. in d. l. 9. de reb. cred.* Verum vt diſtinctio hæc alibi repetiat locum, ita non poteſt accommodari *d. l. 9. de reb. cred.* vbi condictio certi ex incerto cõtractu dari dicitur. Donell quem Tr. ſequi videtur, contractum incertũ interpretatur, in quẽ ab initio incertum deductum fuit, quod tamen antequã peti poſſit, certũ reddatur, veluti ſi quis ſtipuletur fructus vel partus naſcituros quod etiam videtur *Duaren. ad l. 75. de V. O. & Baron ad princip. Inſtit.* Quin ante hos omnes pleriſque veterum interpretum vt apparet ex *Caſtrenſi & Iaſone in d. l. 9 de reb cred. & Bart. ibid. nu. 14.* Sed huic quoque explicationi aduerſatur, quod cum hic eo tempore, quo de condictione danda quæritur, res certa ſit, non poterit ea recte dici competere ex incerto contractu: ſiquidem ICtus de effectu condictionis concedendæ loquitur *in d. l. 9* & eo reſpectu contractum certum & incertum opponit. Ex eodemque refellitur ſententia illa quoque, quæ reipſa eadem eſt cum priori de contractu incerto, qui talis olim fuerit. Et exempla à Tr. allata aut falſa ſunt aut non quadrant; nam quod heredes tutoris dicuntur, *in l. 1 & 2. C. de in lit. iur.* & paſſim in ea materia; eo reſpectu fit, quod ibi de actione ex cauſa tutelæ à defuncto adminiſtratæ, in heredes danda diſputatur: quomodo eodem ſenſu heredes magiſtratuum dicuntur *l. 4. & t. t. D. & C. de magiſtr conuen.* neque quiſquam Latine aliter loqui poſſit. quod autem *in l. 45 de vſu.* bonæ fidei poſſeſſor dicatur, qui olim talis fuerit, vt male putat Vult. falſũ eſſe iam ſup. oſtendimus *ad diſp. 15 de R V. th. 11 lit. E* Balduinus *ad princip. Inſtit. de V. O.* eum cõtractum dici incertũ putet, cuius petitio variari poteſt pro arbitrio creditoris, vti ſi quis factum ſtipulatus pœnæ certæ ſtipulationem ſubiiciat. Sed vtrique hic duo ſunt contractus, vt proinde condictio certi ex incerto contractu dari, dici poſſit. Quin & verius eſt, hoc caſu factum tantum eſſe in præſtatione, nõ in petitione, de quo *inf. p. 2. diſput. 27* Si cõiectutæ ſupereſt locus contractũ incertũ non abſurde de eo mihi explicare poſſe videor in quem non vna aliqua certa ſpecies, non negotium vnum, ſed multa eaque diuerſa veniunt: & vt vno verbo dicam, contractus incertus nihil aliud eſſe credendus eſt, quàm contractus generalis: vti, ſocietatis, tutelæ, mandati generalis, negotiorum geſtorum. Ex his enim contractibus & certa & incerta veniunt vt itam certi quàm incerti condictioni commodiſſime locus eſſe poſſit. Et hoc vel inde non obſcure confirmatur, quod iudicia ex his contractibus deſcendentia generalia vocantur (genus autem incertum eſt) *l. 38. pro ſoc.* & plurium litis ſpecierum in cauſa curationis mentio fit *l. 29 §. 1. de pignor. l. 10. §. 1. de appellat.*

THESIS XI.

LIT. A

Qua conuentus.] Ait quod conuentus hac actione totum debitum ſoluere cogatur, & ſubiicit rationem, quia creditor particularem ſolutionem recipere non teneatur. Non ſatis benè, vel quia etiam in partem agi poteſt, vel quia quæſtio illa de particulari ſolutione, magis pertinet ad oblationem extraiudicialem, an videlicet eã recipere cogatur creditor, hoc effectu, vt recuſans committat moram, & ita vſuræ ſiſtantur partis illius, & periculum rei in creditorem transferatur: de quo agendum *inf. p. 2. diſp. 29. th. 2.* ad quem locum reijcimus duas illas quæſtiones ſub hac litera, an creditor particularem ſolutionem recipere teneatur, & an creditori inuito ante diem obligationi adiectum ſolui poſſit.

Quod ſi creditor partem.] Et hæc quoque tractatio ab hoc loco eſt aliena, quod qui partem petiit, ſi poſt litem conteſtatam totum probet, eodem iudicio totum conſequi debeat. Libet ſaltem hoc adnotare, quod hoc ad rationem vtique iuris veteris falſum ſit, quo iudex pedaneus non niſi ſuper eo, quod in iudicium deductum, & libello comprehenſum fuerat, poterat pronuntiare. Sed iure nouo, quo magiſtratus ipſi iudicant, ſententia iſta defendi poſſit quoniam ambages fruſtratoriæ ſunt vitãdæ, & effectu res eodem redit, ſiue eodem ſiue diuerſo iudicio opus eſſe dicas: de quo actum eſt *ſupra diſp. 4 th. 12.* quoniam incidit hoc in illam quæſtionem, an & quatenus poſt litem conteſtatam libellus mutari poſſit. Illud dubium videri poſſit, quod Tr. ait, ſi taurum actor probauerit, totum, cum partem tantum petiiſſet, iudicem ſuper toto pronuntiare debere: licet eam quarundam ſententiam proponat *Accurſ. in § 34 ad verba, eodem iudicio. Inſtit. de action.* ſiquidem iudex non ſolet impartiri officium ſuum non imploratus. Sed poſſunt verba Treut. commode ita accipi, vt emendatio ſiue mutatio libelli, & petitio præceſſiſſe proponatur.

LIT. B.

Vetus autem definio.] Definit viuum vetus, quod

Digitized by Google

præterito anno crevit & collectum eſt. Intelligendus eſt minus dixiſſe, quam ſenſiſſe, vt excluderet ſaltem vinum recentius, quia procul dubio etiam ante plures annos collectum vinũ vetus eſt, *l. 11. & 12. d. tritic legat.* & etiam vinum ante annum collectum vetus ſit dicendum. Limitat tamen hoc Acc in vino, quod non fert ætatem, ſed poſt annum aceſcit & corrumpitur: in hoc enim genere vini illud vetus dici, quod claleſcere incipit. Quam ego ſententiam omnino veram & improuide a Tr. improbatam aut non intellectam exiſtimo: quoniam ſi etiam hic diſtinctio vini veteris & noui locum habere debet, vt ſane debet, aliud vetus dici non poteſt, quàm quod iam defecatum clareſcit.

Imo net vetus licet melius.] Præſuppoſito vinum eſſe melius, dubia videtur hæc ſententia, ſi videlicet in eodem gradu melius ſit & genere, vt proponit *Sal ex Odofredo Iacobo & Petro in l. 3 h. t. n* qui putant non poſſe recuſare hoc creditorem, quam ipſam ſententiam poſt *Bart. ibid. n 6.* d. loco non obſcure probat *Sal. male à Tr. allegatus* & facit quod tritico viliori proculdubio poteſt ſolui Africanum, quod melius eſt. *arg. l. 75. §. 1. de V.O* neque capio, quodnam eſſe poſſit periculum illud futuri temporis, cuius Tr. mentionem facit, de quo quidem apud gl. Bart. & Sal. nullum extat verbum.

THESIS XII.

Lit. A.

Scopulus hic eſt de mutatione monetæ, quem prætervehereter libens niſi aliquid diſci te cogeret ſeries tractationis: & primo Tr. Ait non corpora nummorum hue materiam, ſed æſtimationem creditam intelligi. Quæ ſententia ſimpliciter recipienda non eſt, quia licet valor ex natura huius contractus, vbi corpora ipſa non reſtituuntur, in conſiderationem veniat, attamen etiam ipſius materiæ ratio habenda eſt, quia hæc eſt fundamentum & cauſa valoris, qui pro diuerſitate materiæ eſt diuerſus, ſiquidem in Repub bene conſtituta, inter valorem & materiam iuſtam oportet eſſe proportionem: Veluti ita publica lege Imperii conſtitutum eſt: eamque ſententiam, quod materiæ quoque ratio habenda ſit, prolixe confirmat *A Fab in ſpeciali tractatu de variis debitor nu ſolut* idque eſt quod ex Dd proponit *Coua de vet. numiſmat pretiſ. c. 7. nu. 5.* materiam ita æſtimandam eſſe, & tantum, quantum alias valeret publico charactere non percuſſa. Et verò ſi æſtimatio tantum credita eſſet, vix defendi poſſet limitatio Tr. ſubiecta hac litera niſi creditor ex diuerſa moneta damnum paſſurus ſit: quoniam qui accipit, quod mutuo dedit, nihil conqueri poteſt. Scio ſub Friderico Imperatore bellum in Italia gerente, inopia rei argentariæ, m liciibus in corio, in ſpeciem nummi efformato, ſtipendium ſolutũ fuiſſe. Sed ille metonymice nummus fuit, & nummi ſignum, pro quo, confecto bello, ex ærario principis vetus nummus repræſentatus fuit.

Lit. B

Siue in bonitate intri ſeca] Si mutatio materiæ ipſius contigerit, eiuſmodi nummos, & in ea bonitate reſtituendos cenſet Treut. quæ fuerit tempore contractus. Hoc quidem iuxta prædicta, quod materiæ ratio habeatur, bene defenditur, quoniam alias cum iniuria creditoris verbi cauſa pro aureis puris reſtitui poſſent contaminati. cæterum ſi æſtimatio tantum credita cenſeatur, non videbitur iniuriam accipere creditor, ſi ei nummi eiuſdem valoris, licet in materia deteriori reſtituantur. Sed illud etiam hic in conſiderationem venire poteſt, quod cum finis principalis nummi ſit permutatio, vt docet *Ariſtot 1. polit 6.* illud vel maxime attendendum eſt, quod mutata moneta, quæ comparandis rebus neceſſariis inuenta eſt, ipſe quoque rerum valor mutatur, creſcit aut decreſcit. Vbi circa bonitatem intrinſecam & extrinſecã hæc proportio eſt, vt materia meliori facta, vel eius eadem bonitate durante, & valore minuto, rerum pretia decreſcant: materia autem facta deteriori, vel eadem manente & aucto valore, rerum pretia excreſcant. Quo fundamento poſito, cum pecunia mutuò accepta, in comparandas res neceſſarias conuerſa præſumatur, ex interpoſita illa proportione inter mutationem in bonitate intrinſeca & extrinſeca diſtinguendum eſſe neceſſario conſequi videtur, neque circa vtramque in hac quæſtione idem ſtatui poſſe, quod tamen male facit Tr. Sed ſiquidem monetæ bonitate extrinſeca mutata, ſpectandum eſt, tempus ſolutionis, iuxta ea quæ mox ſequuntur: monetæ bonitate intrinſeca mutata, ſpectandum eſſe tempus contractus: quæ etiam eſt ſententia *gloſſ & commun. Dd in l. cum quid. 3. h t. atteſtante id in ſuper ibid. Caſtr. num. 5. & 6.*

Lit. C.

Siue extrinſeca.] Hic quoque ſimpliciter velle ſpectari tempus contractus, adeoque ſiue aucto ſiue diminuto valore vt videlicet tantũ, quantum acceptum eſt, reddi videtur: itaut ſi ac-

cceptum

creuerit, debitor deducere poſſit valorem vel incrementum, quod veteri æſtimationi intra tempus ſolutionis acceſſit: vel ſi quantitas monetæ decreuerit, debitor ſupplere teneatur valorem, qui tempore contractus concurrit. velut hoc proponit *Mynſ. 4. obſ. 1. verſ. Couar. de vet. numiſ poteſt. c. 7. § 1. n. 3. ex Molin. d. contr. q. 92. & ſeqq.* qui tenetur ſoluere creditori centum aureos Caſtellaneos, & hi eſſent poſt contractam obligationem extrinſecus diminuti, tenetur omnino ſoluere creditori æſtimationem illam, quam tempore contractus habebant centum Caſtellani, & ſic numerum augere. Quod ſi Caſtelianorũ valor eſſet auctus, ſatis eſſet, & ſatis fit creditori, ſi debitor ſoluat pauciores Caſtellanes, qui iuxta nouum augmentum æquipollent centum illis obligationem deductis: *idem Teſſaur. deciſ 174 num. 6.* Sed dubiam facit hanc opinionem, ratio paulò ante propoſita, quod ſiue aucto ſiue diminuto valore, rerum quoque pretia augentur aut decreſcunt: v. c. ante non adeo multos annos florenus aureus valuit 16 baciones, qui hodie æſtimatur 19 quod augmentum valoris, cum ſit conſequutum augmentum pretij omnium rerum, iniuria fiat creditori, ſi inſpecto tempore contractus alteri tanto pauciores fere reſtituantur: ſicut ex aduerſo iniuria fieret debitori, ſi de minuto valore plures Rhenanos exſoluere cogatur. Cuius rei fundamentum in eo poſitum eſt quod quo pluribus bacionibus æſtimari incipit Rhenanus, eo baciones illi aucto quippe rerum pretio habendi ſunt deteriores: & res ipſa oſtendit, quod ante 40. vel 50 annos vnus bacio tanti fuerit, quantum hodie fere duo: ita vt qui hodie tot aureos ſoluit, quot accepit ante quadraginta annos, tantundem ſoluere intelligendus ſit. Quod ſi vero in minuta moneta ſoluere velit, tot baciones quot hodie aureus æſtimatur, ſoluere debeat: eaque diſtinctio in hac quæſtione vel maxime neceſſaria videtur, & vt in exemplo propoſito maneamus, ſi de reddendo mutuo in aureis ante 40. annos acceptis quæratur, & de noſtris bacionibus reſtituendis tractetur & aureus 19. baceis æſtimetur, reducto ad valorem priſtinum æſtimatione. ſi ſecundum illud ſolutio facienda ſtatuatur. 16 baciones in ſingulos aureos ſatis erunt, vel vnus aureus cum 3 bac. duorum aureorum vicem, cum inſigni creditoris iniuria ſupplebit. Ineoque Treutl. cum reliquis errare videtur, quod non animaduertunt, manente eadem bonitate aurei & aliarum ſpecierum maioris monetæ, minutam monetam quoad ipſam bonitatem intrinſecam deteriorem fieri, exinde cauſam eſſe, cur valor maioris monetæ augeatur: quod qui paſſim comites & ciuitates ius cudendæ monetæ habent, conflata maiori moneta, inde lucro ſuo minorem monetam conficiunt deteriorem. Conſiderandum & hoc, quod Romani olim Imperij fines ampliſſimi erant, longeque conſtantior monetæ valor, cum & nulli præter Imperatorem monetæ condendæ ius, neque minus diſſoluere & conflare nummos prohibitum erat. Quæ omnia hodie in noſtro imperio ſecus ſe habent, cum anguſti præſertim fines, adeoque eodem valore extra imperij fines, in quibus quotidie ciues negotiantur, pecunia exponi non poſſit. Verum hac rei monetariæ peritis diſcutienda relinquamus.

Nota tamen. Ad ſententiam in hac propoſitam, quod ſpectandum ſi tempus contractus, ſubijcit limitationem, niſi debitum ſit vſurarium quo caſu augmentum monetæ creditori deberi negat. Et initio quidem hic non recte confundit vſuras & intereſſe, quod æquitatis intuitu omni iure debetur, de quo *infr. p. 1. diſp. 1. th. 2.* Deinde vel ideo limitatio bene ſe non habet, quod mutatio monetæ, prout vel augetur vel minuitur, ita non tantum oneri, ſed etiam commodo poteſt eſſe debitori. Idoque reſtringendum hoc eſt ad caſum, quo monetæ valor decreuit: v. c. ſi taleri imperiales tempore contractus æſtimentur 18. baz & mutato valore tempore ſolutionis valeant 20 ex ſententia Treutl. in ſingulos taleros 2. baz a debitore erunt addendi: quod ſcilicet augmentum monetæ a Treu. ſignificari intelligendum eſt. Porro ſi ex natura contractus, ita ſolutio facienda eſt, reducta æſtimatione ad tempus, quo pecunia mutuo data eſt, & niſi illud fiat, minus recipere creditor intelligi debet, fallacet illa limitatio, quod hoc augmentum in debito vſurario non debeatur: quia imo augmentum habendum non eſt, ſiquidem ex ſententia Treutl. hoc modo tantundem creditor recipit. Eoque falſa ratio eſt, quod alias debitor duplici onere grauaretur: quoniam onus non eſt pecuniam ea quantitate reddere, qua acceperis: cum nec ſimpliciter vſuræ in onere ponendæ ſint, quæ in compenſationem quandam promitti & ſolui intelliguntur, vt ipſe diſputat Treut. *infr. p. 2. diſp. 1. th. 1.* Quin & cum ex accidenti ſit valorem monetæ diminui, nec minus idem augeri potuerit, qui ex incerto euentu ſentiret lucrum, etiam onus

Digitized by Google

ſentire debet. Vitioſa etiam eſt altera ratio, ꝙ in credito vſurario ſimpliciter quantitas non corpora nummorum conſiderentur; quoniam hoc nihil facere poteſt, vt tãto magis vel minus augmentum debeatur; & tamen nulla ratio eſt, quæ ſuadeat in credito vſurario potius quàm in gratuito quantitatem ſpectari: quoniam hactenus vtrumque mutuum eiuſdemque naturæ eſt & conditionis, & vſuræ non ex mutuo, ſed ſeparato ſtipulationis contractu debentur: & ipſe Treutl. *lit. a.* in genere proponit, quod non corpora nummorum, ſed æſtimatio credita intelligatur.

Quod aliud eſt]Sublimitatio hæc eſt, quia ſtatuit eum *Teſſauro deciſione* 174. in venditione cũ pacto reluendi aliud obſeruari: id eſt, quod hic & augmentum monetæ & reditus annui ſint præſtandi. Referendum enim hoc eſt ad vulgatiſsimum hodie contractus genus venditionis annuorum redituum, in quo creditor qui emptor redituum dicitur, pecuniam repetere nequit, ſed debitor qui venditor dicitur pecuniam offerre & reluere poteſt, quam ſententiam Tr. eſſe colligitur ex citat. Teſſ. vbi duplicem fere affert rationem, quarum prima eſt, quod magis naturale ſit percipere fructus: qua ſcilicet reſpicit ad genus illud contractus ita formatum à Pontifice *in extrauag. regimine. de empt. & vend.* vt videlicet pro pecunia data creditori detur fundus, ex quo percipiat fructus quamdiu debitor pecunia vtatur. Sed nec ita hic contractus hodie celebrari ſolet, & non male docet *Hottom.* 2. *obſ.* 15. velamen hoc quoddam, & reuera contractum vſurarium eſſe. Altera ratio eſt, quod penes debitorem ſit reluere vel non. Verum multa interuenire poſſunt, vt iuſtiſsimam & neceſſariam cauſam reluendi debitor habeat, neque quod monetæ valor mutuatus eſt, perpetuo debitor fundo ſuo carere, aut penſiones annuas præſtare, adſtringi debet. Quibus conſequenter nulla inter hunc & præcedentem caſum in hac quæſtione ratio differentiæ ſtatui debet.

Item in debitore moroſo.] Hic quidẽ nulla dubitandi ratio eſt, quod mora ſemper ei nocet, qui moram admiſit: ſed illud dubium, quod illum attineri etiam ad intereſſe augmenti monetæ: quod quidem, cum per intereſſe vſuras intelligat, quæ non niſi ex ſtipulatione debentur, falſum eſſe exiſtimo.

Vbi & illud in fine.] In extremo huius th. hoc proponit, quod ſi lex ſimpliciter aliquid diſponat de pecunia, valorem accipiendum eſſe ſecũdum tempus ſtatuti, & addit exemplum inhibitæ donationis vltra 500. ſolidos. Quæ aſſertio dubia redditur ex ratione iam ſæpe propoſita, quod aucto maioris monetæ valore augeantur rerum pretia, & deterior fiat moneta minor. Finge tempore ſtatuti ſolidum æſtimari floreno integro & dimidiato, adeoque 22. & dimid. baz. inhibita ita erit donatio vſque ad 750. flor. ſi poſtea valor ſolidi excreſcat vſq; ad duos florenos, & ita 30. baz. quoniam hi baciones deteriores ſunt, & propter auctum pretium rerum veteres illi 750. floren. tantum cenſendi ſunt, quanti noui 1000. flor. defendam vſq; ad 1000. flor. licitam eſſe donationem.

THESIS XIII.

Lit. A.

Proponitur hic quæſtio de æſtimatione rei deperditæ & quidem ab hoc loco aliena eademque difficillima, ſuper qua pene iurauerim mihi non liquere. Illud autem initio peccat Tr. ꝙ in th. proponitur de ſpecie debita amplius non reperta, & tamen in allegatis ſubijcit diſſentire eos, qui putent in hoc contractu indiſtincte liberari debitorem præſtita æſtimatione. Etenim illud in th. traditum de ſpecie amiſſa, non habet locum in mutuo, in quo corpus creditum conſumitur, neque idem, ſed tantundem reſtituitur. Porro quæſtio illa an in hoc contractu æſtimationem præſtare liceat, tantum in vino, frumento & aliis pondere & menſura conſtantibus, non in pecunia numerata locum habet: quam quidem ego contra Tr. magis eſt, vt affirmandam eſſe credam: quod ſc. in iſtas res nulla cadat affectio. neque interſit creditoris, an frumentum, an tantam pecuniæ ſummam accipiat, qua frumentum comparari poteſt.

Interim verum eſt.] Quaſi per modum limitationis ſubijcit, quod argento ad pondus accepto pecunia poſsit reddi, ſi modo, pure argentea & in pondere reddatur. Atqui hęc nulla limitatio eſt, quod ita non æſtimatio, ſed pondus redditur.

Lit. B.

In æſtimanda re deperdita cũ Cuiac. & Hottom. in bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ, in ſtrictis, litis conteſtatæ tempus ſpectari tradit ſubiecta ratione, quia in his iudex ad certam quantitatem in iudicium deductã adſtrictus eſt, ideo petitionis tempus ſpectetur, & petatur res vti nunc eſt: in his vero iudex liberam ex bono & æquo æſtimandi poteſtatem habeat, quantum

dari

dari oporteat, ideoque totum referatur ad tempus rei iudicatæ. Quæ ratio forte non ſatis concludit, quod liberalia æſtimandi poteſtas ad præſtationes fructuum vſurarum, & alia quæ ex bono & æquo debentur, pertinet, tum etiam prior illa pars videtur deſtrui per limitationem ſubiectam *in verſ. in ſtricti iuris*, qua debitorem qui ante litem conteſtatam moram fecit, vtro tempore res pluris fuerit, condemnati exiſtimat: quod ſi n. iudex ad id, quod in iudicium deducitur tempore litis conteſtatæ, præciſè adſtrictus eſt, æſtimationis quæ ante litem conteſtatam fuit, rationem habere non poterit. Fortaſſis ita ſupplenda ratio erit, quod iudex in bonæ fidei iudicijs etiam, quæ poſtea contingunt, attendere poteſt: quomodo rectior erit inter duo illa mẽbra oppoſitio, & non obſcure hinc confirmatur, quod etiam exceptiones formulæ non inſertas poſt litem conteſtatam admittere iudex poteſt. Cæterum in hac quæſtione ita diſtinguendum eſt: quod res aut perijt citra culpam, qui caſus tantum ad mutuũ pertinet, quoniam debitor ſpeciei naturali aut fortuito rei interitu liberatur: aut perit interueniente mora vel culpa debitoris. Et hic rurſus aut perit, ante aut poſt litis conteſtationem. Illo caſu ſi ad iudicem deuentum eſt, iuramento in litem res æſtimatur, quoniam ſine iuramenti delatione rẽ, quæ non extat, iudex æſtimare non poteſt *l. 5. §. vlt. de in litẽ iur.* quod de actionibus ſtricti iuris ibi traditum, in quibus aliàs regulariter in litem non iuratur, etiam & multo magis in bonæ fidei iudicijs locum habere, recte notat *Ant. Fab. 16. coniect. 3.* Hoc caſu res citra iuramentum, prætetquam ſi in bonæ fidei iudicijs dolus rei interueniret, à iudice æſtimatur, in ſtricti iuris iudicijs quanti litis conteſtatæ tempore, in bonæ fidei, quanti rei iudicãdæ tempore fuerit. Cui regulæ in vtroque caſu limitationẽ addit Tr. niſi debitor fuerit in mora: quod alias abſurdum videatur, moram non nocere reo, & conditionem actoris per litis conteſtationem fieri deteriorẽ. In contrarium tamen diſputat *Ant. Fab. 16 coniect. 3.* ita duo illa tempora conſiderari, vt tẽpus moræ non attendatur: tum quod in ſtricti iuris iudicijs illud tantum veniat, quod in iudicium deductum fuit, tum quod aliàs ſequeretur, rariſſime locum habituram iſtam actionum differentiam, quod non facile ſine mora ad iudicem eatur. Vbi tamen fortaſſis non incommode reſpõderi poſſit, differentiam illam explicandam eſſe poſitis terminis habilibus, ſi videlicet litis conteſtatæ tempore vel poſt res pluris eſſe deprehendatur, & hactenus inter ſe actiones illas opponi, vt quanti æſtimatio creuit vſque ad litem conteſtatam, in ſtricti iuris iudicijs, quantum vſque ad condemnationis tempus in bonæ fidei iudicijs præſtetur. Nam & abſurdum fuerit, quod dicitur in his ſpectari tempus rei iudicandæ, ita præciſe accipere, vt ſi res pluris fuerit tempore litis conteſtatæ, vel intermedio, id in condemnationem deduci non poſſit. Magis pro Ant. Fabr. facere videtur, ab ipſo tamen non propoſitum, quod re deperdita ante litem conteſtatam neceſſarium dicitur eſſe iuramentum in litem. Quod ſi enim res poſſit æſtimari à iudice, quanti fuerit tempore moræ ante litem conteſtatam, etiam poſſit æſtimari à iudice, ſi perierit ante litem conteſtatam, quoniam quanti tẽpore moræ fuerit, facile ſciri poſſet: vt proinde officium iudicis ad tempus illud, quod litis cõteſtationem anteceſſit, porrigi non poſſe videatur. Neque valde mouet, quod litis conteſtatione non debet deterior fieri cõditio actoris: quia imo deterior non fit, vel qui potuiſſe ſtatim mora commiſſa rem petere, vel quia hoc ex accidenti eſt, quod res pluris fuit tempore moræ: & omnino cum hæc ſit actionis natura, nihil habet actor quod conqueratur: quæ etiam cauſa eſt, quamobrem in ſtricti iuris iudiciis fructus ante litem conteſtatam percepti non debentur *l. 38. §. 7. de vſur.* Non obſtabit etiam *l. 22. h. t.* ad quam & ſimiles reſpondet *Ant. Fab.* per diſtinctionem inter moram lapſu diei & interpellatione contractam; quamuis hoc ipſum dubium ſit, an lapſu diei mora contrahatur, de quo *infr. p. 2. diſp. 3.* & differentiæ ratio nõ ſatis perſpicua eſt, quinimo vtrobique eadem ratio, quod ex quo dies lapſa vel debitor interpellatus eſt, iam ſoluere ſe debere intelligit, de quo tamen vide plenius *Ant. Fabr. 16. coniect. c. 6.* Illa alia quæſtio eſt, an tempus rei iudicandæ ita ſpectetur, vt præcedentis nulla ratio habeatur quod quidem affirmat *Ant. Fabr.* ſed ego falſum eſſe non dubito, cum nihil videri poſſit abſurdius, quam ita præciſe extrema illa, & quaſi puncta ſpectari. & repugnat ratio ante propoſita, quod in his iudiciis iudex etiam quæ poſt litem conteſtata proponuntur vſque ad ſententiam audire & admittere queat & ſunt omnino leniſſima Fabri argumenta. Pluribus hanc quæſtionem explicare & extricare, nec animi nec ingenii eſt.

Iudex ad certam quantitatem.] Cum hanc quæſtionem

ſtionem in genere, imo in particulari de ſpecie debita proponit, vitioſe vtitur verbo quantitatis.

Si moram facit venditor.] Et hoc quoque præter methodi leges, proponere de venditore quod generale eſſe debet.

Sed res pluris tempore contractus.] Si modo concurrat mora, alias contractus tempus inſpiciendum eſſe, verum non puto: quamuis hanc explicationem vix admittat Treut. qui tempus moræ & contractus diſtinctim proponit.

Quam rei iudicatæ.] Non ſatis bene opponit tempus contractus tempori rei iudicatæ, quod etiam aliud tempus eſt litis conteſtatæ, quæ ſi res pluris ſit eius rationem habendam dubitari non debet.

Si emptor moram facit.] Hoc extra hanc materiam eſt, vbi non de mora creditoris, ſed debitoris tractatur: & eo tantum pertinet, vt mora venditoris, per ſequentem emptoris moram purgetur, ita vt in æſtimanda re illius temporis amplius ratio non habeatur *ex l. 3. §. vlt. de action. empt.*

Si fideiuſſor.] Specialis hæc ratio eſt in actione mandati, ex qua nec amplius nec minus quam ſoluit fideiuſſor; conſequi debet, de quo pluribus *Ant. Fab. 10. coniect. 7.*

Diſſentiunt diuerſimode Dd. Omnes diſtinctionis propoſitæ partes, cum improbare videatur Treut. ea tamen pars, vt ibi æſtimatio debetur iure actionis, inſpiciatur tempus contractus, omnino probanda videtur tum *ex l. ſi fundum 28. de nouation.* tum ex certa ratione, quod tale quidquã debeatur, quale in obligationem eſt deductum, & quod hic æſtimatio eſt in ipſa obligatione, & ipſum principale, adeoq; ſicut homine promiſſo ipſe homo petitur, ita promiſſa æſtimatione, non niſi ipſa æſtimatio, qualis & quanta in contractum deducta eſt, petenda & præſtanda erit.

Vbi ſub diſtinguunt.] Rectiſſime hæc diſtinctio improbatur: etenim quod ad iuramentum affectionis appellatum, (de qua diuiſione agetur diſp. ſeq.) attinet, cum permittatur æſtimatio arbitrio actoris, etiam longe vltra veram æſtimationem, fruſtra & inepte, de tempore hoc vel illo conſiderando diſputatur. Iuramentum autem veritatis ex neceſſitate tantum præſtatur in caſu rei peremptæ ante litis conteſtationem, eoque cum hic non indulgeatur affectioni iurantis, tanti res æſtimanda eſt, quanti fuit tempore moræ, & hactenus vera & ſententia Bart. & Coſtal. hic relata.

THESIS XIV.

Ambages hac th agere videtur, dum debitorem ex mutuo interitu rei liberari, negat, neque tamen hoc præiudicare communi iuri, quo caſus fortuiti nullo iudicio præſtari dicuntur. Nimirum res expedita eſt, interſit an tantũdẽ, an idem debeatur, & ita an dominium rei in debitorem transferatur necne: quoniam ex certa ratione iuris vbi nulla culpa vel mora alicuius interuenit res domino ſuo perit.

LIT. A.

Quod etiam procedit.] Scilicet vt nummi à pupillo dati, ſint periculo creditoris accipientis etiam ſi conſumpti non fuerint: quia vt recte Accurſ. ſal. as pupillus deterioris eſſet conditionis, quam maior & quoad non trãsfertur dominium, fit propter conditionem pupilli, cæterum in alijs, & quoad alios effectus perinde habẽdũ eſt, ac ſi verum mutuum contractum eſſet: ideoque etiam dixerim nummis ita amiſſis, perinde ac ſi conſumpti eſſent, ex mutuo agi poſſe. Plane Azo improbatus, de caſu pecuniæ à pupillo in ſolutum datæ locutus videtur: ſed vt ſupra notatum, eadem quoad hos effectus pecuniæ è pupillo mutuo, & ſolutionis cauſa datæ, proportionaliter ratio eſt.

LIT. C.

Immiſcet hic quæſtionem illam, an rei interitus naturalis vel fortuitus poſt moram ſuperueniens, liberet debitorem. Et diſtinguit inter moram iniuſtam & iuſtam, verbis aliquantum impropriis, quoniam vbi iuſta litigandi cauſa eſt, mora dici non poteſt. *l. 24 d. vſur.* quam diſtinctionem tamen non recte applicat bonæ fidei poſſeſſori: quoniam hæc ſibi repugnant, iuſtam cauſam litigandi non habere, & eſſe bonæ fidei poſſeſſorem, vel viceuerſa. Neque mouet, quod *in l. 40. de petit. hæred.* etiam non verus heres iuſtam cauſam litigandi habere, & omnes poſſeſſores poſt litem conteſtatam pares eſſe dicuntur: vel quia reſpicitur initium controuerſiæ non tempus poſt litem conteſtatam, vel potius quod omnes poſſeſſores lite conteſtata malæ fidei effici dicuntur, ratione exitus iudicij, vt re euicta, quoad fructus & alia attinet, à tempore litis conteſtatæ perinde cum ijs agatur, ac cum alijs malæ fidei poſſeſſoribus. Et diſtinguit igitur reuera inter eum qui fruſtratur, & qui iuſte ſolutionem differt: quæ ipſa diſtinctio eſt *Hottom. illuſt. quæſt. 36.* quem probauit ſupra *diſp. 15. theſ. 7. & infr. diſp. 26. th. 3.* & hic tamen improbat.

LIT.

Lit. D.

Non tamen probo.] Recte improbat ſententiam iſtam Delrio: quoniam perpetua hæc ſignificatio eſt verbi, *periculum*, vt denotet interitum rei naturalem vel fortuitum. Ideoque etiam probo explicationem *l.4.h.t.in verſ. & ſi periculum*; quæ fuit olim ſententia Iohannis, quoniam deponitur ibi pecunia gratia mutui, & depoſitum illud ordinatur ad mutuum, vt loquuntur *Bartol. & Caſtr.in dict.l.4* licet *Bartol. & Salic. ibid.* magis probent ſententiam Azon. vt tum demum res ſiue pecunia accipientis periculo ſit, ſi modo eius aliqua vel leuiſſima culpa præcedat. Caſtrenſ. autem cum aliis magis diſtinguit, an pecunia adnumerata, an in ſacculo fuerit depoſita.

Quod ſi debitor pacto.] Vt quis pacto ad carceres ſe obligare poſſit, rationi iuris conuenire nō videtur: quod hoc excedat poteſtatem conuentionis: ex qua non niſi actio ad dandum vel faciendum naſci poteſt: neque vlla actio, qua quis intendat aliquem in carcerem ire oportere iure noſtro prodita eſt: de quo pluribus *infr.part.2. diſput 29.th. 4.lit.F.* vbi Tr. ſimili errore, quod fideiuſſor ad carcerem ſe obligare poſſit, defendit. Et tamen Tr. caute hic non ſimpliciter hoc pactum probat, ſed tum demum aliquid operari ſtatuit, ſi facta prius excuſsione, debitor non ſoluendo deprehendatur. vt adeo prius actionē intentatam eſſe oporteat, nec aliud quicquā operetur pactum, quàm vt per illud beneficio ceſsionis bonorum videatur eſſe renuntiatum: quod an iure ſubſiſtat, tractatur *infr.p.2.diſp.24. theſ. 4.*

Super debito alieno.] Quod hic proponit, mulierem quæ renunciauit Velleiano, efficaciter ad carcerem ſe obſtringere poſſe, intelligendū eſt proponi ex conſtitutione Electoris Auguſti *part.2.c.21.* Vix enim eſt, vt iure ciuili hoc obtineat, quo vix in cauſis criminalibus mulier carceri poteſt mancipari *Nou.134.c. 9.*

Illo vero caſu.] Debitorem non excuſſum, & cui aliquid pro alimentis relictum eſt ſuis ſumptibus alere ſe debere tradit. In quo nulla plane ratio dubitandi eſſe poteſt: & ad quæſtionem de incarcerando debitore, caſus debitoris nondum excuſsi pertinere non poteſt, quoniam hic etiam incarcerari non poteſt.

THESIS XV.

Theſis hæc tota fugitiua eſt, eiuſque materia proprio loco tractatur *infr.p.2.diſp.24.th 7.* ideoque paucis eam perſtringamus Ait lit. A. hypothecam quam habet, qui in ædificium extruendum credidit præferri expreſſæ: quod idem repetit lit. E. quod etiam tempore prioribus præferatur: quoniam ſi præfertur, neceſſum eſt præferri prioribus: alias ead. poteſtas eſt tacitæ & expreſſæ, vt ex tempore ius vtriuſque æſtimetur. Eſt enim ead. ratio & vis hypothecæ tacitæ ex SCto, & eius qui in rem aliam credidit ſub expreſſa hypotheca, quia vtraque priuilegiata eſt: quod ipſe tradit *Tr. in th. lit. e.* adeoque fruſtranee, quaſi per modum ampliationis ſubiicit, adeo etiam, vt tempore prioribus præferatur: quoniam priuilegium hypothecæ in nulla alia re, quàm in iure prælationis conſiſtere poteſt. Et illud ipſum tamen *in th. lit. D. & E.* parum ſubtiliter dicitur, quod qui creditur in rem obligatam: non habeat tacitam hypothecam, ſed expreſſam priuilegiatam: quia nullam plane hypothecam ex ſententia ipſius Treutl. de quo *infr.d.diſp.24.* habet, niſi quam ſibi conuentione parauit, hoc autem facto ius prælationis conſequitur: quod non ſatis bene expreſsit Tr. Addit autem ead. lit. E. quod hic creditor cedat dotiprioti Ego verius exiſtimo, quod etiam cedat doti poſteriori, ex ipſa *cit.Nou.97.* quam Treu. adduxit, & male intellexit, cum ibi tantum excipiatur, qui in militiam credidit, de quo pluribus *d diſp.24* Tria autem colliguntur requiſita ex hac th. vt hypothecæ & prælationi locus ſit; vt expreſſe de pignore conuentum, vt nominatim ad emendum vel reficiendum pecunia credita. & vt in eam rem conuerſa ſit: quod aliàs ius prioritatis aliis creditoribus quæſitum, cum iniuria afferretur. Colophonis loco notatæ liber, quæ hac diſp. alieno loco propoſita ſunt, & 1.*th 9* prolixe de pupillo minore, &c. 2. *ead. th.lit.D.* an prodigus lege, an ſententia fiat. 5. *th.11.* de ſolutione particulari, & ante diem, itemque de mutatione libelli. *4.th.13.* de æſtimatione rei peremptæ, *5 th.14. tit. 6. & ſeqq.* de debitore liberando per interitum rei, itemque eo excutiendo, & tandem tota theſ. vlt. de priuilegio & prælatione creditorum.

Digitized by Google

Ad
DISPUTATIO XXI.
DE IVREIVRANDO.
THESIS I.
LIT. A.

EST *religioſa affirmatio.*] Rectius fortaſſis diceretur, enunciatio quæ tanquam genus complectitur, & affirmationem & negationem, ſuper qua etiam iurari conſtat: niſi quis dixerit aliud eſſe, ſuper quo iuratur, ab ipſo iuramento, quod eſt ipſa numinis diuini obteſtatio: quo reſpexiſſe videtur *Couarr in cap quamuis d. pact. in 6. p. 1. in princip.* vbi iuramentum definit inuocationem nominis diuini in teſtimonium. Porro *Cyn. in authent ſacramenta C. ſi aduerſ. vendit.* definit, quod ſit affirmatio vel negatio verbis expreſſa cum vera religione. Vbi duplex incurrit dubium. 1. an iuramentum indigeat verbis nuncupatis: quod ipſe Cyn. magis negat probans, quod etiam mutus iurare poſſit: quin *Couarr. d. loc. nu. 5.* nec in eo quidem qui loqui poteſt, verba de eſſentia iuramenti eſſe putat. Equidem homo etiam interno affectu Deum teſtari & obteſtari poteſt, verum vbi de effectu iuridico agitur, verbis opus eſſe videtur, niſi ſicubi magiſtratus v. c. in muto, hoc geſtu aliquo ſuppleri poſſe decernat: cæteroquin hic verbis lingua nuncupatis opus eſſe crediderim. Alterum dubium naſcitur ex verbis, *cum vera religione.* Equidem ſi diſputemus in abſtracto & quaſi in Idea, non poteſt mereri nomen iuramenti, niſi vbi inuocatur verum numen: cæterum conſiderata opinione iurantis, qui ſuperſtitione vel errore ductus, aliquid pro numine colit, aliud ſtatuendum erit: quæ etiam ſententia probatur à *Couarr. in d. c. quamuis p. 1. §. 1. numero 10 & ſeqq.* Cæterum loca hic notata de veteri iuramento Romanorum præter *Feſtum ſub tit. L. verbis, lapidem ſilicem.* deſcripta ſunt ex *Briſſonio lib. 8. de formul. fol. 3 pagin. 710. & Couarr. in cap quamuis part. 1. num. 11.* vbi prolixe forma huius iuramenti exponitur *adde Reuard. 5. var. 5. VVeſemb. in parat. h. t n 6.*

Hodie in bene conſtitutis.] Dupliciter per Deum iurari poteſt, expreſſe & implicite: veluti ſi quis per ſalutem liberorum iuret, hoc iurare intelligitur: ita Deus ſaluos eſſe velit liberos ſuos: cui maxime in iuramento deciſorio, quod à parte offertur, locus eſſe videtur.

Moribus vero receptum eſt.] Cum dixiſſet tantum iurandum eſſe per Deum, ſubijcit, moribus receptum eſſe, vt etiam iuretur pro alio. In quibus nulla, quam tamen verba requirunt, eſt oppoſitio: quia etiam iuratus pro alio, iurabit per Deum, & aliud eſt per aliquem, aliud, pro aliquo iurare. Quæſtio autem hæc, an pro alio, & in animam alterius iurari poſſit, propoſita in genere, male reuocatur ad ſpeciem vnam iuramenti, videlicet vt ex allegatis apparet, quod calumniæ appellatur, quod an per alium præſtari poſſit olim fuiſſe opiniones notat *Bart. in l. 2. § ſin autem: C. d. iuram. propter calum.* (ex quo loco non poſſe ſatis perſpicue probari videtur, adeo vt gloſſ. correctam putet *l. 13. §. qui alieno, d. dam. infect.* de quo pluribus infra *th. 4. lit. D.*) ſed hodie deciſum eſſe per *cap vlt d iur. calumn. in 6.* dummodo procurator habeat mandatum ſpeciale de iurando ſuper certa & ſpeciali cauſa. Cæteroquin in quæſtione ad theſin reuocata diſtingui poſſit, an agatur de obliganda conſcientia alicuius, & ex vera ratione non putarim recte iurari per alium, propter ſummam iuramenti perſonalitatem, vt tamen moribus vel lege aliud recipi poſſit. Quod ſi vero de actione vel exceptione per modum conuentionis ex iuramento quærendo agatur, indiſtincte per procuratorem imo etiam ſeruum tale iuramentum præſtari poteſt *l. 9. §. pen. l. 20. & l. 23. l. 24. l. 25. h. t.* ſi modo eiuſmodi perſonis fuerit delatum *arg. dd text.* aliàs ſi ipſi principali deferatur per procuratorem præſtari non poſſe ſtatuerim, quicquid etiam dicat *Zobel part. 1. differ. 10.* quoniam eo plane modo quo defertur, iuramentum præſtare oportet *arg. l. 3. §. vlt. cum ll ſeqq h. t* & aliàs iniuria fieret deferenti, qui ab ipſo domino præſtari vult, cum multum interſit, à quo iuretur, *argument. l. 12. in princip. C. h. t.* de quo etiam infra *th 10 lit. F*

Vulgata hodierno vſu.] Varias proponit formulas Tr. 1. Bey Fürſtlichen Ehren vnd Trewen. 2. bey Adelichen Trewen. 3 An Aides ſtatt. 4. bey Chriſtlichen Trewen vnd wahren Worten / & denique per ſimplicem fidei interpoſitionem, bey guten Trewen vnd Glauben De quibus omnibus duplex quæſtio eſt: an ſint iuramenta, & an ſaltem habeant iuramenti effectum, & in quibus. Et quod ad primum attinet, ſimpliciter ſtatuo iuramentum eas formulas non eſſe contra *Couarr in cap. quamuis p. 1. §. 2. n. 3.* quia deficiat eſſentiale requiſitum iuramenti quod ingreditur

deſin

definitionem, vt videlicet fiat, per rem ſacram, & idem *ibid. nu.* 1. diſerte ait, longe differre ſimplicem promiſſionem à iuramento, prolixe reſpondens ad capit. quod ex Iure Canon. in contrarium adduci ſolet: vt proinde Treutl. ei iniuriam faciat, imputando quod omnes prædictas formulas eiuſdem cum iuramento ſtatuat eſſe efficaciæ: facit quod ipſe Treutl. paulo ante dixit, tantum iurandum eſſe per Deum. Cæterum in promiſſione & formula illa bey Chriſtlichem Glauben / fallaciam homonymiæ ineſſe recte aduertit *Couarr d. p. 1. §. 2. numer* 3. quia vel intelligitur fides hominis Chriſtiani politica, vel fides ſaluifica, per quam vtpote rem ſacram iurari poſſe cenſet Couarru. Quæſtio ſecunda proponitur *in verſ. ſane qu. ad promiſſionis, &c.* vbi affirmat, quod quoad obſeruationem omnes hæ formulæ eiuſdem ſint efficaciæ cum iuramento, ſed tantum quoad pœnam differre. Ego hanc quoque ſententiam falſam eſſe exiſtimo, quoniam efficacia iuramenti ab ipſa forma iuramẽti fluit. Equidem non negauerim, conſuetudine effectus iuramenti eiuſmodi promiſſionibus tribui poſſe, maxime in eiuſmodi perſonis, quas ad iurandum adſtringi turpe ſit, veluti regibus aut principibus: cæterum extra iſtos & conſuetudinis expreſſæ terminos, non niſi iure conuentionũ iſtas promiſſiones æſtimauerim, præſertim ſimplices, bey guten Trewen vnd Glauben licet *Iaſ in l.* 3. *§. iurari hoc ti.* poſt multos iuramento iſtas promiſſiones exæquet: quem ſolum recte allegauit Treutl. in cæteris Cyno Bart. *Salic.* male ſequutus eſt fidem *VVeſemb. conſ.* 52. *nu.* 19. *infr.* qui hoc quærunt, an in caſu, *authen. ſacramenta* requiratur iuramentum corporale, id eſt, vt ipſi ad mores ſuos loquuntur, tactis Euangeliis & ſcripturis ſacris, an ſufficiat ſimplex iuramentum, quod videlic. non fiat ſimplici promiſſione per fidem, ſed inuocatione numinis diuini, & adducendo DEVM in teſtem: quam etiam veram iuramenti ſpeciem eſſe, docet *Couarr. in c. quamuis p.* 1. *§.* 1. *num* 1. *& ſequent.* vt proinde plane commentitium ſit, quod ex *Saliceto refert.* Treutl. quaſi ille iam ſuo tempore obſeruari ſolitum ſcripſerit, vt promiſſiones id genus pro iuramento haberentur. Diſtinguendum alioqnin hic non immerito videatur inter ſpecies iuramenti, quarum præcipue tres confirmatoria actus, obligatoria ſiue promiſſoria in ſpecie, & deciſoria: in quo poſteriori genere aliquando locus eſſe poſſit ſententiæ Treutler. quoniam tota hæc res ex conuentione dependet, & ad actionem vel exceptionem quærendam ſufficit, partis delationi ſatisfeciſſe, *argum. l.* 3. *§. vltim. cum ll. ſeqq. hoc tit. ex quo Iaſon. in dict. l.* 3. *§. iurati contra Fabrum, in §. item ſi quis Inſtit. d. action.* (quem locum non recte accepit Treutl.) defendit, ſi pars dicat, quod ſit contenta ſtare fidei actoris & credere eius conſcientiæ, & actor dicat ita eſſe per fidem ſuam, actori acquiri actionem. Atqui in iuramentis confirmatoriis vbique præciſe requiritur iuramentum, veluti contractu minoris *authent. ſacramenta. C. ſi aduerſ. vend.* in tranſactione maioris *l.* 41. *C. d. tranſaction.* in alienatione rei dotalis *cap. contingat.* 28. *h. t.* renuntiatione hæreditatis *cap. quamuis de pactis in* 6. quibus caſibus promiſsionem per fidem neque iure Canonico ſufficere conſtat: vt proinde falſum ſit, quod Treutl. iſto iure etiam nudam fidei interpoſitionem pro iuramento haberi affirmat. In promiſſoriis iuramentis aliquo modo concedi poſsit, quod vim quaſi eorum habeant promiſsiones per fidem, ſi officium boni viri, promittens facere velit; ſed, quod recte peccat, ac qui fidem Deo teſte firmatam rumpit, & minus grauiter notat Couarr. violator eiuſmodi promiſsionis, non ita grauiter punitur: cui exemplo eſt, promiſsio iurata illuſtrium perſonarum, eiuſque violationi adiecta pœna in *l. penult. C. d. dignit.* quod etiam in confirmatoriis iuramentis locum habet argum. *l.* 40. *C. de tranſactio.* cuius pœnis eum qui tranſactionis non iuratæ fidem rumpit, non teneri conſtat.

THESIS II.

Lit. A.

Ait initio, quod iuramenti iſtius non ſit maior vis iure ciuili quam nudi pacti, ita vt propoſitionem iſtam etiam ad iuramenta confirmatoria accommodet: quoniam ſubiicit hoc generi, quod ita diuidit, vt vel confirmetur actus vel perſona fide adſtringatur. Id autẽ falſum eſſe apparet ex iam dictis, *& l.* 1. *Codic. ſi aduerſ. vend. leg.* 41. *Codic. de tranſaction. l. penult. Codic. d. dignit.* & illis ipſis quæ Treut. mox lit. B. de tranſactionibus & venditionibus iuris proponit. Et Cuiac. tantum de iuramentis promiſſoriis agere videtur, ex quibus iure ciuili non naſcitur actio: cæteroquin maior eorum, quam pactorum nudorum etiam apud priſcos Romanos fuit autoritas: maiores noſtri, inquit alibi Cicero, nullum vinculum religione iuriſiurandi

maius eſſe voluerunt : & periurij à cenſoribus notari ſolebant: idque eſt quod cit. loc. Ciceronis ex lib 3 offic. probatur, ex quo male Weſem. etiam actionem dari concludit. In alio extremo peccant, qui iure ciuili nec vim nudi pacti iuramentum habere putant, quod iurant non pacti, ſed Deo obligetur quam rationem recte improbat *Couar. in cap. quamuis p. 1. §. 2. n. 7.* & eſt ea manifeſte falſa, quia in iuramento ineſt promiſſio, ex quo iurantem obligari neceſſe eſt.

Ex hoc tamen iureiurando.] Extra propoſitam materiam hæc quæſtio eſt, an ex iureiurando liberti naſcatur verborum obligatio : cuius pars affirmans inde probatur, quod cum hæc obligatio per acceptilationem diſſoluatur *l. 13. in princ. d. acceptilat.* per hanc tamen tantum obligationes verbis contractas diſſolui docet *l. 8. §. 3. eod.* de quo infra *p. 2. diſp. 27 th. 1. lit. 1.*

Lit. B.

Qui eo caſu in integrum reſtitui.] Vera hæc ſententia eſt, quod minor contra contractum iuratum non reſtituatur: quod ita etiam docet. *Bart. Salic. Caſtr. Sich. in auth. ſacramenta C. ſi adu. vend. & alii citati à Iaſ ibid. & à Gomeſ 2. reſol. 14. Sfortia reſtit q 26. art. 6. vt notandum ſup. diſp 11. th 9. lit. C.* Quam opinionem cum Sfort. teſtetur eſſe communem, vitioſe Tr. allegato tantum pro ſe Schneid. & Gail. ita proponit, quaſi communiter Dd. inter quos nominatim iniuriam facit Salic. diſſentirent.

Et tamen ipſo iure.] Ait conuentiones iure inualidas iuramento nunquam confirmari, adeoque, cum in præcedentibus contractum minoris iuramento confirmari ſtatuat, conſequitur, quod ex ſententia Bulgari authentic. ſacramenta, ad contractum iure validum reſtringat. Verum vt maxime hanc explicationem admittat *lege prima, Codic ſi aduerſ. vendit.* quia quod iure nullum eſt, priuata authoritate non firmatur, & ex ratione iuris ciuilis, vbi actui nullo iuramentum, quod actum illum fulcire non poteſt, adijcitur, iuramentum ſolum manere oportet, ex quo iure ciuili nulla eſt obligatio: verum per authent. ſubiectam Friderici proculdubio authoritatem canonum ſequuti, amplius aliquid adiectum eſſe veroſimile eſt, cum aliàs regulare ſit, vt per authenticas Iuri Codicis aliquid adjiciatur aut derogetur : eaque communiſſima interpretum ſententia eſt, quam confirmauimus *d. diſputat 11. theſ. 9. lit. C.* Sed vt paulo generalius diſputemus, propoſitio illa vniuerſalis Treutl. quod actus inualidus iuramento nunquam confirmari poſſit, multa cautione & non vna diſtinctione indiget; pro vt multę nullitatis illius ſunt cauſæ. Dicitur enim actus nullus vel propter qualitatem obiecti , quod in ſe turpitudinem habet, vel propter defectum alicuius requiſiti eſſentialis aut ſolennitatis, vel ob ſolam conditionem perſonæ: itemq; nullus eſt vel iure gentis naturæue aut canonum, vel mera diſpoſitione iuris ciuilis: quæ diſtinctiones partim proponũtur à *Cyn. in authent. ſacramenta num. 2. Salicet. & alij Dd. ibid.* quibus addenda & hæc quod aut quæritur de confirmando actu aliquo ex illo ipſo iure, quo inualidus eſt, aut ex iure diuerſo ; quod poteſtatem habet alteri iuri derogandi : quamuis & abſurdum non ſit actum inualidum, aliquo modo ex eodem iure cõfirmari: quod docetur argum. *l 1. Cod. ſi aduerſ. vendit.* etenim ſi ex ratione iuris ciuilis hactenus robur poteſt dari contractui, vt excludatur beneficiũ reſtitutionis, porro etiam ita cõfirmari poterit, vt excludatur aliquod ſaltem beneficium nullitatis, quam ſcilicet cauſatur qualitas perſonæ, vel etiam mera ciuilis diſpoſitio. Ex quo nullo negotio reſponderi poteſt ad Treut. rationem, quod iuramentum non debeat eſſe vinculum iniquitatis: quoniam iniquitas duplex ſtatui poteſt : alia in ſe & abſolute talis, alia ad meram rationem iuris poſitiui, qualis in ſpecie *l. 1. C. ſi aduerſ. vendit.* vel hoc argumento, quod contractum minoris ſine curatore multi ex neotericis iure validum, vulgo Dd. inualidum ſtatuunt, adeoq; iuramẽtum eiuſmodi contractus confirmatorium, pro vero iniquitatis vinculo haberi non poteſt, ſicuti nec reuera iniquitas eſt, contractum mero iure ciuili inualidum confirmari : atq; canones, qui iuramentum iniquitatis vinculum eſſe nolunt, iniquitatem eius ius naturæ vel gent. offendentem intelligunt, de quo etiam Couarr. *in cap. quamuis p. 2. in princ. num. 4. & 6.*

Atque hinc ortum eſt.] Præmiſſa oſtendunt, malam eſſe hanc illationem, qua concludit Tr. donationem inter coniuges & eam quæ excedit 500. ſolidos iuramento non confirmari: quoniam prohibitio iſta eſt mere ciuilis, & inſinuatio externa tantum & à lege ciuili introducta ſolẽnitas, ſicut & determinatio illa ſummæ mere ciuilis eſt, quæ & minui & augeri poſſit, velut ante Iuſtin. fuit 200. ſolidorum, à Iuſtin. ad 300. *l. 34. C de donation.* poſtea ab eodem ad 500. ſolidos producta, *l pen. in fin. C. de donation.* Quin & donatio inter coniuges non ſimpliciter, ſed quatenus alter pauperior , alter locupletior fit, probi-

Digitized by Google

prohibita *l. 25. d. donat. inter vir. & uxor.* & multis caſibus admiſſa eſt *l. 14. 15. § 4. l. 40. d. t. l. 45. d. uſur.* & quæcunque tandem morte confirmatur *l. 32. d. donat. int. vir. & ux.*

Sed an iure Canon.] Pergit porro Tr. nec iure Canon. donationem quæ excedit 500. ſolidos per iuramentum confirmari.

Quam ſententiam falſam eſſe exiſtimo, quoniam actus aliquos iure Canon. propter iuramētum ſubſiſtere videmus, in quibus maior eſt prohibitionis ratio, maior nullitas & iniquitas: quod oſtenditur exemplis adductis à *Geil 2. obſeru. 40.* alienatione rei dotalis *cap. cum contingat 29. d. iureiur.* pacto commiſſario *arg. cap. ſignificante. d. pignor.* in quo pontifex ideo quidem contra creditorem reſpondet, quod pactum illud improbatum ſit, ſed ideo reſpondet contra iuramentum, quod ibi pecuniam ante diem tranſmiſſam, ſed nuntium rupiſſe fidem, & debitorem extra culpam fuiſſe proponebatur. Exemplum illuſtrius eſt *in c. quamuis. d. pact. in 6.* per quod ius quodammodo à natura quæ ſucceſſionem liberis defert, quæſitum, iuramento tolli poteſt: quanto magis tolli poterit iuramento ius quæſitum mera lege poſitiua, videlicet reuocandi donationem, quæ à maiori libera voluntate facta, & iure gent. perfecta & efficax eſt, quod ius eiuſmodi reuocatione cum offendatur, tanto minus dubitandum eſt, ex ratione iuris Canon. iuramento poſſe confirmari. Vnde conſequitur neceſſario, veriſſimum eſſe, quod à Geil. ſcriptum male omnino improbat Tr. donationem eiuſmodi contra bonos mores iuris Canon. non eſſe, multoque minus ſuper ea interpoſitum iuramentum: quoniam vt dictū eſt, actus ille iure gent. valet, adeoque nullo modo peccatum fouet aut nutrit, ex quo genere quæ ſunt, ea demum contra bonos mores iuris Canon. eſſe dicuntur. Neque quicquam huic facit ratio, quod legibus poſitiuis etiam in foro animæ parendum ſit: quia lex ciuilis minime imperat aut iubet præciſe reuocare donationem, ſed tātum permittit. Neque obſtat etiam, quod iuramentum ſit contra publicam vtilitatem, ne quis re ſua male vtatur. quoniam vt in terminis huius quæſtionis reſpondent *Couarr. in c quamuis p. 2. § 1. numer. 13. & Rolandus à Valle volum. 1. conſil. 19. n. 48.* cum iuramentum nullum eſſe dicimus, quod offendit publicam vtilitatem, directo eam offendi oportet & principaliter, quod aliàs nihil non dici poſſit offendere publicam vtilitatem.

De donatione inter virum.] Prædictis cōſequens eſt contra Tr. quod donatio inter coniuges iuſta Canon. per iuramentum confirmetur quia & hic mera, quin nec perpetua iuris poſitiui prohibitio eſt: & rationes quæ deſumuntur *ex l. 1. & ſeq. de donation. inter virum.* præterquam quod non neceſſario, ſed probabiliter tantum concludunt, donationem illam principaliter offendere publicam vtilitatem minime efficiunt. Vnus ſcrupulus in hac tractatione reſtat, quem mouet *Treutl in verſ. interim. & hoc &c.* quod ſeparata quæſtio ſit, an iuramentum addat validitatem contractui, & an ſit ſeruandum: qua in re pugnantes interpretum opiniones refert *Couar. in cap quamuis p. 2. §. 1.* numero 17. Videri poſſit diſputatio hæc magis in verbis, quam in rebus conſiſtere: quoniam effectu hoc quæritur, an ex ratione iuris Canonici, qui ultra 500. ſolidos, qui coniugi donauit, donationem ſeruare teneatur, quod vtique affirmat, quod iuramentum eo iure validum & ſeruandum eſſe dicit: ſicuti cum iure ciuili eiuſmodi iuramētum fruſtra eſſe dicimus, hoc dicimus, quod & actus nullus & ipſum iuramentum ſit nullum. Sed poſſunt tamen non exigui momēti effectus proponi, quorum cit. loc. meminit Couarr. 1. quod ſi contractus ipſe non confirmaretur, eo heredes non obligarentur. 2. quod mulier quæ alienationem fundi dotalis iuramento firmauit, eā à tertio poſſeſſore petere poſſit. 3. quod ſtante communi ſententia, contractum confirmari, etiam impetrata abſolutione à iuramento, contractus manere validus Verum ad hæc dici poteſt 1. quod cum ex iuramento obligatio vtique naſcatur etiam ſolo, ad minimum poſſidens exceptione etiam contra heredes ſe defendere poſſet. 2. quod iuramentum non intelligatur fieri in ſolum fauorem perſonæ accipiētis, ſed ſimpliciter vt ſeruetur id, quod actum eſt. 3. quod ſublato iuramenti vinculo, quod vnum contractum ſuſtinet, ipſum quoque contractum amplius ſubſiſtere non poſſe, ſed redire quaſi ad naturalem ſuam nullitatem. priſtinæ ſuæ nuditati relictum conſequitur, quæ ipſa quorundam opinio ibidem à Couarruv. proponitur. Cæterum, vt omnibus iſtis occurratur, probandam cenſeo communem ſententiam, quod actus ipſi per iuramentum confirmentur, ex hac præcipue ratione, quod illi ex ſe nulli nō ſunt, ſed tantum à lege ciuili ademptis effectibus pro nullis reputantur. iuramentum autem autoritate iuris Canon. ſubnixum, conſidera-

Digitized by Google

tionem illam iuris civilis quodammodo tollit, & eos in ſe & abſolute conſiderari facit. At dixerit quis, hoc poſito etiam citra iuramenti adiectionem actus iſtos valituros eſſe: cui obiectioni reſpondendum puto, vtique valituros eos, ſi mero iure Canon aut gent. vteremur: atqui cum in Republ. circa materiam obligationum & actionum præcipue ſint iuris ciuilis partes, inde fieri, vt iuramento demum hi actus cõfirmari dicantur, qui aliàs propter autoritatem iuris ciuilis nulli haberentur: *vide etiam notata ſupra diſput.6.theſ.7.lit D & diſput 11 theſ.9 lit.C.* vbi improbauimus abſurdam plane Iaſonis ſententiam, qui iuramentum quidem ſeruari vult, hactenus ſaltem, vt de facto præſtetur, ſuper quo iuratum eſt, vt tamen hoc ipſum ſtatim reuocari poſſit: qua quidem ſententia contra mentem & Impp. & Pontificum vis & effectus iuramenti planiſsime eluderetur.

Lit. C.

Quod ſi iuramentum.]Quæritur, an iuramentum metu extortum validum ſit: Et apparet diſtingui à Treut. inter ius Canonicum & ciuile: illo quidem valere & tamdiu obligare, donec abſolutio fuerit impetrata. (quod & tanquam certum tradit *Couarruv. in cap quamvis p.3.§.4. nu 2.*) hoc autem nullum eſſe, neque adeo opus auxilio prætoris. Verum cum iuramento inſit promiſsio, & regulariter promiſsio metu extorta ipſo iure valeat, aut regulæ ſtandum erit, aut probanda exceptio: quam quidem non aliunde probari video, quam *ex authent ſacramenta. Codic ſi aduerſ. vend.* Verum ex ratione iuris diſputantem, non magnopere mouerit Imperii Germanici conſtitutio: ad quam tamen commode reſponderi poſſit, nullius momenti iuramenta illa dici oppoſitiue ad iuramenta libere præſtita, quæ in pr. authent. inuiolabiliter citra vllam retractationem Imp. vult obſeruari: quo reſpectu, quæ beneficio reſtitutionis reſcinduntur, non abſurde nullius momenti eſſe dici poſſunt.

Iure vero Canon.]Simpliciter à iuramento metu extorto abſolutione opus eſſe, improbata etiam Geil diſtinctione affirmat. Verum contra puto, omnino diſtinguendum eſſe, an iuratum ſit ſuper actu iure licito an illicito: priori caſu indiſtincte abſolutione opus eſt: poſteriori ſubdiſtinguendum eſt, quod actus aut illicitus eſt iure tantum ciuili, & cum hic iuramento confirmari poſſit, abſolutione opus eſſe exiſtimo contra Geil. qui ſimpliciter abſolutione opus eſſe negat, vbi ſuper actu quouis iure illicito vi & metu interueniente iuratum eſt: aut iure ſimul gent. & naturæ illicitus eſt: & citra abſolutionem ad obſeruationem actus & iuramenti non adſtringi iurantem, contra generalem Tr. aſſertionem rectius defendi videtur: ſiquidem ipſum obſeruare iuramentum peccare eſſet, & ab ea re abſolutionem petere, quam quis citra peccatum facere non poſſit, videatur abſurdũ, quia ſi illud quod iurauit, feciſſet abſolutione indigeret. Poteſt tamen hic conſiderari duplici de cauſa abſolutione opus eſſe, altera, vt ne facere cogatur quod promiſit, altera vt tollatur peccatum, quod committitur ipſa rei turpis promiſsione, licet vi vel metu extorta, quoniam metus non excludit conſenſum; & quæ ex ſe turpia ſunt, vt ea faciamus, aut ea facturos promittamus, nulla violentia induci debemus. Attamen Treut. huc reſpexiſſe non videtur, ſed diſputaſſe de ea abſolutione, qua quis liberatur à neceſsitate præſtandi quod in iuramentum deductum eſt: quod tota tractatio lit. B. non obſcure demonſtrat.

Iure ciuili nec valeat]Ita colligit Tr iure ciuili non valet, ergo nec prætoris auxilio indiget. Enimvero homonymia ineſt in phraſi, *non valere*: quæ ſignificat vel ita non valere, vt nulla plane naſcatur obligatio, vel vt non naſcatur ciuilis: quo poſteriori ſenſu conſequentia bona non eſt, quia etiam naturalis obligatio, quæ iure noſtro non paucos habet effectus, ſufficit, vt reſtitutionem implorare ſit neceſſe: quomodo qui naturaliter obligatus ſoluit, non niſi beneficio prætoris ſolutum condicere poterit. Et vero cum metu facta magis voluntaria ſint, quod multis rationibus comprobat *Ariſt.3.Ethic.1.* & docet *l.21.§.pen. quod metus cauſa.* promittentem obligari conſequitur, quod & ipſa exceptio *quod metus cauſa* arguit.

THESIS III.

In diſtinctionibus iuramenti hac th. & præcedd. propoſitis quædam notanda videntur. Etenim iuramentum, quod omne per Deum vult præſtari Tr. ratione formæ vnicum eſſe videtur, variæ autem diſtinctiones à qualitatibus quibuſdam externis petuntur: ex quo generis eſt diuiſio th.1. ſumpta ab obiecto, quod non variat naturã iuramenti Sed illud minus recte, quod & th. 1. & 2. nulla eſt accurata membrorũ oppoſi-

Digitized by Google

oppoſitio: ſiquidem ſpecies quæ priori membro th. 1. de cauſa non controuerſa ſubiiciuntur, iuramenti ſc. confirmatorii & promiſſorii, etiam ſub poſterius membrum th. 1. de cauſa ſc. controuerſa, referri poſſunt: quoniam non dubium eſt etiam circa cauſam controuerſam iuramentum confirmatorium & promiſſorium interuenire poſſe. Deinde inter ipſa membra th. 2. confirmare negotium, & perſonas fide adſtringere, nulla eſt pugna, quia etiam confirmatorium iuramentum, imo omne omnino finem iſtum habet, vt perſona arctius obſtringatur: adeoque non recte ſpeciei differentia generis tribuitur. Idem lapſus videtur th. 3. in ſubdiuiſione lit. A. quoniam iuramento generale eſt, vt religionem iniciat, licet per verbum, *ſolus*, poſſit excuſari Tr. & tamen ſpecieb. ſubiectis hoc non ſatis conuenit: tum quia iuramentum teſtium ideo introductum eſt, vt certior fides dictis adhibeatur: tum præcipue quod iuramentum purgationis quodammodo & rectius ſubdeciſoria referri poteſt, quia præſtitum ſequitur abſolutio, perinde ac ſi quis iuret in iudicio ſe non debere. Denique ſubdiuiſio altera th. 6. quod iuretur vel ob litem vel ob delictum debitoris, membra pugnantia non habet, & ſimul male iuramentum in litem ſub iuramento, quibus controuerſia deciditur, refertur: quod ſi generalius phraſin illam, dirimere controuerſiam, vſurpes, etiam alia iuramenta, quæ tamen ſpeciei oppoſitæ à Tr. ſubiiciuntur, eodem referri poſſit.

LIT. B.

Vbi non male] Putat iuramentis illis tribus, quæ religionis tantum iniiciendæ cauſa præſtantur, recte addi poſſe quartum, de iudicio ſiſtendo. Quod ſane perquam videtur dubium, quia iuramento hoc id agitur, vt reus certo die ſe ſiſtat, adeoque hic finis eſt iuramenti iſtius, vt perſona fide aſtringatur. Cæterum ſi iſta ſpecies recte huc refertur, eodem referenda erunt & illa, quæ vel propter dignitatem perſonæ, vel ob defectum ſatiſdationis, de perſequenda lite aut de permanendo in iudicio præſtanda ſunt, de quibus *in l. per. Cod. dignit. Nov. 53 & Nov. 112. Auth generaliter. C. d. Epiſc. & Clericis. auth offeratur. C. d. lit. conteſt.* Rectius fortaſſis ſub iſtam ſpeciem quæ ſpectat, vt religio iniiciatur, referat quis iuramentum tutorum, de quo in *Nov. 72. c. vlt* & iudicum, de quo in *l. rem non novam C. d. iudic.*

LIT. C.

Olim ſpeciale.] Ait olim ſpeciale iuramentum calumniæ in ſingulis iudicii partibus præſtandum fuiſſe ex *l. 1. C. d. iuram propt. calum.* Verum illa lex non de iudicii partibus, ſed de probationibus agit, & conſtitutum eſt demum *Nov. 49. c. 3.* vt cum olim quoties de probationis aliqua ſpecie agebatur, iurandum eſſet, hodie ſufficiat ſemel in vniuerſum iurare, ſe nihil calumniæ cauſa facturum. Cæterum Donell. & Cuiac. quos improbat Tr. nō hoc ſtatuunt, quod in ſingulis cauſis vel partibus iudicii iurādum ſit, ſed hoc quod etiam poſt nouam illam Iuſti. conſtitutionem, quibuſdam ſpecialibus caſibus iuramentum calumniæ præſtandum ſit, quod mihi non improbatur: quoniam occurrunt aliquando actus ſingulares iuramenti delatio, vt inſtrumenta edantur, literæ compareant, vt inſtrumentum ſemel probatum falſi arguere liceat, quibus citra ſpeciale iuramentum locus dandus non videtur *arg. l. 20. & 21. C. de fide inſtrum. Sichard add l. 20. nu. 2* ſiue illud iuramentum calumniæ appelles ſiue malitiæ, quod vt iudex deferre poſſit parti, quandocunque ipſa cauſa poſtulare videatur, iure Canon. conſtitutum eſt *c. vlt. d. iuram. calumn. n. 6.*

Neceſſe eſt vt principio litis.] Ambigua hæc phraſis eſt: vel enim ſignificat, non poſſe exigi ante litem conteſtatam, quæ ſententia vera aliquantò eſt: vel non poſſe præſtari poſt litem conteſtatam, quæ ſententia videtur eſſe Treu. qui ius Can. ſecundum quod tempore quocunque præſtari poſſit; opponit iuri ciuili. Atqui ita conſtituit Iuſtin. vt ſiquidem lis nondum cepta ſit, omnimodo iudex iuramentum hoc exigat: ſi vero hoc initio omiſſum & cauſa iam agi cepta fuerit, à præſentibus itidem hoc iuramentum præſtandum, abſentibus autem, cauſam etiam non præſtito iuramento finiendam eſſe, ac contra intentionem Iuſtiniani lis iam decurrens ſuſpendatur & extrahatur, *l. 2. § vlt. C de iuram. cal.*

Quo neque remitti poteſt.] Probatur hoc ſatis expreſſe *ex l. 2. §. ſed quia 4. C. d. iuram cal.* receptum tamen eſt, vt quod Treut. ait, tacite omitti poſſit id eſt, ſi non fuerit petitum, proceſſus nō vitietur: quod & notat *Marant. part 2 partis 6. princip. poſt. Accurſ in l 34. §. 4. h tit. d iur n. 2.* vbi tamen ita loquitur, ac ſi hæc ſententia cōformis eſſet iuri ciuili. & *d l 2. §. 4* male ad expreſſam remiſſionem reſtringit. Plane nihil huc facit *d. l. 34. & §. 4. h t.* quæ eſt de iuramēto ſpeciali, vbi ſolus

Digitized by Google

ſentire debet. Vitioſa etiam eſt altera ratio, quod in credito vſurario ſimpliciter quantitas non corpora nummorum conſiderentur: quoniam hoc nihil facere poteſt, vt tãto magis vel minus augmentum debeatur; & tamen nulla ratio eſt, quæ ſuadeat in credito vſurario potius quàm in gratuito quantitatem ſpectari; quoniam hactenus vtrumque mutuum eiuſdemque naturæ eſt & conditionis, & vſuræ non ex mutuo, ſed ſeparato ſtipulationis contractu debentur: & ipſe Treutl. *lit. a.* in genere proponit, quod non corpora nummorum, ſed æſtimatio credita intelligatur.

Quod aliud eſt] Sublimitatio hæc eſt, quia ſtatuit eum *Teſſauro deciſione* 174. in venditione cũ pacto reluendi aliud obſeruari; id eſt, quod hic & augmentum monetæ & reditus annui ſint præſtandi. Referendum enim hoc eſt ad vulgatiſsimum hodie contractus genus venditionis annuorum redituum, in quo creditor qui emptor redituum dicitur, pecuniam repetere nequit, ſed debitor qui venditor dicitur pecuniam offerre & reluere poteſt, quam ſententiam Tr. eſſe colligitur ex eiiat. Teſſ. vbi duplicem fere affert rationem, quarum prima eſt, quod magis naturale ſit percipere fructus: quaſcilicet reſpicit ad genus illud contractus ita formatum à Pontifice *in extrauag. regimine. de empt. & vend.* vt videlicet pro pecunia data creditori detur fundus, ex quo percipiat fructus quamdiu debitor pecunia vtatur. Sed nec ita hic contractus hodie celebrari ſolet, & non male docet *Hottom.* 2. *obſ.* 15. velamen hoc quoddam, & reuera contractum vſurarium eſſe. Altera ratio eſt, quod penes debitorem ſit reluere vel non. Verum multa interuenire poſſunt, vt iuſtiſsimam & neceſſariam cauſam reluendi debitor habeat, neque quod monetæ valor mutuatus eſt, perpetuo debitor fundo ſuo carere, aut penſiones annuas præſtare, adſtringi debet. Quibus conſequenter nulla inter hunc & præcedentem caſum in hac quæſtione ratio differentiæ ſtatui debet.

Item in debitore moroſo.] Hic quidẽ nulla dubitandi ratio eſt, quod mora ſemper ei nocet, qui moram admiſit: ſed illud dubium, quod illum attineri etiam ad intereſſe augmenti monetæ: quod quidem, cum per intereſſe vſuras intelligat, quæ non niſi ex ſtipulatione debentur, falſum eſſe exiſtimo.

Vbi & illud in fine.] In extremo huius th. hoc proponit, quod ſi lex ſimpliciter aliquid diſponat de pecunia, valorem accipiendum eſſe ſecũdum tempus ſtatuti, & addit exemplum inhibitæ donationis vltra 500. ſolidos. Quæ aſſertio dubia redditur ex ratione iam ſæpe propoſita, quod aucto maioris monetæ valore augeantur rerum pretia, & deterior fiat moneta minor. Finge tempore ſtatuti ſolidum æſtimari floreno integro & dimidiato, adeoque 22. & dimid. baz. inhibita ita erit donatio vſque ad 750. flor. ſi poſtea valor ſolidi excreſcat vſq; ad duos florenos, & ita 30. baz. quoniam hi baciones deteriores ſunt, & propter auctum pretium rerum veteres illi 750. floren. tantum cenſendi ſunt, quanti noui 1070. flor. defendam vſq; ad 1000. flor. licitam eſſe donationem.

THESIS XIII.

Lit. A.

Proponitur hic quæſtio de æſtimatione rei deperditæ & quidem ab hoc loco aliena eademque difficillima, ſuper qua pene iurauerim mihi non liquere. Illud autem initio peccat Tr. quod in th. proponitur de ſpecie debita amplius non reperta, & tamen in allegatis ſubijcit diſſentire eos, qui putent in hoc contractu indiſtincte liberari debitorem præſtita æſtimatione. Etenim illud in th. traditum de ſpecie amiſſa, non habet locum in mutuo, in quo corpus creditum conſumitur, neque idem, ſed tantundem reſtituitur. Porro quæſtio illa an in hoc contractu æſtimationem præſtare liceat, tantum in vino, frumento & aliis pondere & menſura conſtantibus, non in pecunia numerata locum habet: quam quidem ego contra Tr. magis eſt, vt affirmandam eſſe credam: quod ſe in iſtas res nulla cadat affectio, neque interſit creditoris, an frumentum, an tantam pecuniæ ſummam accipiat, qua frumentum comparari poteſt.

Interim verum eſt.] Quaſi per modum limitationis ſubijcit, quod argento ad pondus accepto pecunia poſſit reddi, ſi modo, pure argentea & in pondere reddatur. Atquin hęc nulla limitatio eſt, quod ita non æſtimatio, ſed pondus redditur.

Lit. B.

In æſtimanda re deperdita cũ Cuiac. & Hottom. in bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ, in ſtrictis, litis conteſtatæ tempus ſpectari tradit ſubiecta ratione, quia in his iudex ad certam quantitatem in iudicium deductã adſtrictus eſt, ideo petitionis tempus ſpectetur, & petatur res vti nunc eſt: in his vero iudex liberam ex bono & æquo æſtimandi poteſtatem habeat, quantum dari

dari oporteat, ideoque totum referatur ad tempus rei iudicatæ. Quæ ratio forte non ſatis concludit, quod libera illa æſtimandi poteſtas ad præſtationes fructuum vſurarum, & alia quæ ex bono & æquo debentur, pertinet, tum etiam prior illa pars videtur deſtrui per limitationem ſubiectam *in verſ. in ſtricti iuris*, qua debitorem qui ante litem conteſtatam moram fecit, vtro tempore res pluris fuerit, cõdemnari exiſtimat: quod ſi n. iudex ad id, quod in iudicium deducitur tempore litis conteſtatæ, præcisè adſtrictus eſt, æſtimationis quæ ante litem conteſtatam fuit, rationem habere non poterit. Fortaſſis ita ſupplenda ratio erit, quod iudex in bonæ fidei iudicijs etiam, quæ poſtea contingunt, attendere poteſt: quomodo rectior erit inter duo illa mẽbra oppoſitio, & non obſcure hinc confirmatur, quod etiam exceptiones formulæ non inſertas poſt litem conteſtatam admittere Iudex poteſt. Cæterum in hac quæſtione ita diſtinguendum eſt: quod res aut perijt citra culpam, qui caſus tantum ad mutuũ pertinet, quoniam debitor ſpeciei naturali aut fortuito rei interitu liberatur; aut perit interueniente mora vel culpa debitoris. Et hic rurſus aut perit, ante aut poſt litis conteſtationem. Illo caſu ſi ad iudicem deuentum eſt, iuramento in litem res æſtimatur, quoniam ſine iuramenti delatione rẽ, quæ non extat, iudex æſtimare non poteſt *l. 5. §. vlt. de in litẽ iur.* quod de actionibus ſtricti iuris ibi traditum, in quibus aliàs regulariter in litem non iuratur, etiam & multo magis in bonæ fidei iudicijs locum habere, recte notat *Ant. Fab. 16. coniect. 3.* Hoc caſu res citra iuramentum, præterquam ſi in bonæ fidei iudiciis dolus rei interuenirer, à iudice æſtimatur, in ſtricti iuris iudiciis quanti litis conteſtatæ tempore, in bonæ fidei, quanti rei iudicãdæ tempore fuerit. Cui regulæ in vtroque caſu limitationẽ addit Tr. niſi debitor fuerit in mora: quod alias abſurdum videatur, moram non nocere reo, & conditionem actoris per litis conteſtationem fieri deteriorẽ. In contrarium tamen diſputat *Ant. Fab. 16 coniect. 3.* ita duo illa tempora conſiderari, vt tẽpus moræ non attendatur: tum quod in ſtricti iuris iudiciis illud tantum veniat, quod in iudicium deductum fuit: tum quod aliàs ſequeretur, rariſſime locum habituram iſtam actionum differentiam, quod non facile ſine mora ad iudicem eatur. Vbi tamen fortaſſis non incommode reſpõderi poſſit, differentiam illam explicandam eſſe poſitis terminis habilibus, ſi videlicet litis conteſtatæ tempore vel poſt res pluris eſſe deprehendatur, & hactenus inter ſe actiones illas opponi, vt quanti æſtimatio creuit vſque ad litem conteſtatam, in ſtricti iuris iudiciis, quantum vſque ad condemnationis tempus in bonæ fidei iudiciis præſtetur. Nam & abſurdum fuerit, quod dicitur in his ſpectari tempus rei indicandæ, ita præciſe accipere, vt ſi res pluris fuerit tempore litis conteſtatæ, vel intermedio, id in condemnationem deduci non poſſit. Magis pro Ant. Fabr. facere videtur, ab ipſo tamen non propoſitum, quod re deperdita ante litem conteſtatam neceſſarium dicitur eſſe iuramentum in litem. Quod ſi enim res poſſit æſtimari a iudice, quanti fuerit tempore moræ ante litem conteſtatam, etiam poſſit æſtimari à iudice, ſi perierit ante litem conteſtatam, quoniam quanti tẽpore moræ fuerit, facile ſciri poſſet: vt proinde officium iudicis ad tempus illud, quod litis cõteſtationem anteceſſit, porrigi non poſſe videatur. Neque valde mouet, quod litis conteſtatione non debet deterior fieri cõditio actoris: quia imo deterior non fit, vel qui potuiſſe ſtatim mora commiſſa rem petere, vel quia hoc ex accidenti eſt, quod res pluris fuit tempore moræ: & omnino cum hæc ſit actionis natura, nihil habet actor quod conqueratur: quæ etiam cauſa eſt, quamobrem in ſtricti iuris iudiciis fructus ante litem conteſtatam percepti non debentur *l. 38. §. 7. de vſur.* Non obſtabit etiam *l 22. h. t.* ad quam & ſimiles reſpondet *Ant. Fab.* per diſtinctionem inter moram lapſu diei & interpellatione contractam; quamuis hoc ipſum dubium ſit, an lapſu diei mora contrahatur, de quo *infr. p. 2. diſp. 3.* & differentiæ ratio nõ ſatis perſpicua eſt, quinimo vtrobique eadem ratio, quod ex quo dies lapſa vel debitor interpellatus eſt, iam ſoluere ſe debere intelligit, de quo tamen vide plenius *Ant. Fabr. 16. coniect. c. 6.* Illa alia quæſtio eſt, an tempus rei iudicandæ ita ſpectetur, vt præcedentis nulla ratio habeatur quod quidem affirmat *Ant. Fabr.* ſed ego falſum eſſe non dubito, cum nihil videri poſſit abſurdius, quam ita præciſe extrema illa, & quaſi puncta ſpectari. & repugnat ratio ante propoſita, quod in his iudiciis iudex etiam quæ poſt litem conteſtata proponuntur vſque ad ſententiam audire & admittere queat & ſunt omnino leniſſima Fabri argumenta. Pluribus hanc quæſtionem explicare & extricare, nec animi nec ingenii eſt.

Iudex ad certam quantitatem.] Cum hanc quæſtionem

ſtionem in genere, imo in particulari de ſpecie debita proponit, vitioſe vtitur verbo quantitatis.

Si moram facit venditor.] Et hoc quoque præter methodi leges, proponere de vẽditore quod generale eſſe debet.

Sed res pluris tempore contractus.] Si modo concurrat mora, alias contractus tempus inſpiciendum eſſe, verum non puto: quamuis hanc explicationem vix admittat Treut. qui tempus moræ & contractus diſtinctim proponit.

Quam rei iudicatæ.] Non ſatis bene opponit tempus contractus tempori rei iudicatæ, quod etiam aliud tempus eſt litis conteſtatæ, quo ſi res pluris ſit eius rationem habendam dubitari non debet.

Si emptor moram facit.] Hoc extra hanc materiam eſt, vbi non de mora creditoris, ſed debitoris tractatur: & eo tantum pertinet, vt mora venditoris, per ſequentem emptoris moram purgetur, ita vt in æſtimanda re illius temporis amplius ratio non habeatur *ex l. 3. §. vlt. de action. empt.*

Si fideiuſſor.] Specialis hæc ratio eſt in actione mandati, ex qua nec amplius nec minus quam ſoluit fideiuſſor, conſequi debet, de quo pluribus *Ant. Fab. 16. coniect. 7.*

Diſſentiunt diuerſimode Dd. Omnes diſtinctionis propoſitæ partes, cum improbare videatur Tr. ea tamen pars, vt ubi æſtimatio debetur iure actionis, inſpiciatur tempus contractus, omnino probanda videtur tum *ex l. fundum 28 de nouation.* tum ex certa ratione, quod tale quidquã debeatur, quale in obligationem eſt deductum, & quod hic æſtimatio eſt in ipſa obligatione, & ipſum principale, adeoq; ſicut homine promiſſo ipſe homo petitur, ita promiſſa æſtimatione, non niſi ipſa æſtimatio, qualis & quanta in contractum deducta eſt, petenda & præſtanda erit.

Vbi ſub diſtinguunt.] Rectiſſime hæc diſtinctio improbatur: etenim quod ad iuramentum affectionis appellatum, (de qua diuiſione agetur diſp ſeq.) attinet, cum permittatur æſtimatio arbitrio actoris, etiam longe vltra veram æſtimationem, fruſtra & inepte de tempore hoc vel illo conſiderando diſputatur. Iuramentum autem veritatis ex neceſſitate tantum præſtatur in caſu rei peremptæ ante litis conteſtationem, eoque cum hic non indulgeatur affectioni iurantis, tanti res æſtimanda eſt, quanti fuit tempore moræ. & hactenus vera & ſententia Batt. & Coſtal. hic relata.

THESIS XIV.

Ambages hac th agere videtur, dum debitorem ex mutuo interitu rei liberari, negat, neque tamen hoc præiudicare communi iuri, quo caſus fortuiti nullo iudicio præſtari dicuntur. Nimirum res expedita eſt, intereſſe an tantundẽ, an idem debeatur, & ita an dominium rei in debitorem transferatur nec ne: quoniam ex certa ratione iuris vbi nulla culpa vel mora alicuius interuenit res domino ſuo perit.

LIT. A.

Quod etiam procedit.] Scilicet vt nummi à pupillo dati, ſint periculo creditoris accipientis etiam ſi conſumpti non fuerint: quia vt recte Accu. ſal as pupillus deterioris eſſet conditionis, quam maior & quoad non trãſfertur dominium, ſit propter conditionem pupilli, cæterum in alijs, & quoad alios effectus perinde habẽdũ eſt, ac ſi verum mutuum contractum eſſet: ideoque etiam dixerim nummis ita amiſſis, perinde ac ſi conſumpti eſſent, ex mutuo agi poſſe. Plane Azo improbatus, de caſu pecuniæ à pupillo in ſolutum datæ locutus videtur: ſed vt ſupra notatum, eadem quoad hos effectus pecuniæ è pupillo mutuo, & ſolutionis cauſa datæ, proportionaliter ratio eſt.

LIT. C.

Immiſcet hic quæſtionem illam, an rei interitus naturalis vel fortuitus poſt moram ſuperueniens, liberet debitorem. Et diſtinguit inter moram iniuſtam & iuſtam, verbis aliquantum impropriis, quoniam vbi iuſta litigandi cauſa eſt, mora dici non poteſt. *l. 24 d. vſur.* quam diſtinctionem tamen non recte applicat bonæ fidei poſſeſſori: quoniam hæc ſibi repugnant, iuſtam cauſam litigandi non habere, & eſſe bonæ fidei poſſeſſorem, vel viceuerſa. Neque mouet, quod *in l. 40. de petit hæred.* etiam non verus heres iuſtam cauſam litigandi habere, & omnes poſſeſſores poſt litem conteſtatam pares eſſe dicuntur: vel quia reſpicitur initium controuerſiæ non tempus poſt litem conteſtatam, vel potius quod omnes poſſeſſores lite conteſtata malæ fidei effici dicuntur, ratione exitus iudicij, vt re euicta, quoad fructus & alia attinet, à tempore litis conteſtatæ perinde cum ijs agatur, ac cum alijs malæ fidei poſſeſſoribus. Et diſtinguit igitur reuera inter eum qui fruſtratur, & qui iuſte ſolutionem differt: quæ ipſa diſtinctio eſt *Hottom illuſt quæſt. 36.* quem probauit ſupra *diſp. 15. theſ. 7. & infr. diſp. 26. th. 3.* & hic tamen improbat.

LIT.

LIT. D.

Non tamen probo.] Recte improbat ſententiam iſtam Delrio: quoniam perpetua hæc ſignificatio eſt verbi, *periculum*, vt denotet interitum rei naturalem vel fortuitum. Ideoque etiam probo explicationem *l.4.h.t.in verſ. & ſi periculum*; quæ fuit olim ſententia Iohannis, quoniam deponitur ibi pecunia gratia mutui, & depoſitum illud ordinatur ad mutuum, vt loquuntur *Bartol. & Caſtr. in dict. l.4* licet *Bartol. & Salic. ibid.* magis probent ſententiam Azon. vt tum demum res ſue pecunia accipientis periculo ſit, ſi modo eius aliqua vel leuiſſima culpa præcedat. Caſtrenſ. autem cum aliis magis diſtinguit, an pecunia adnumerata, an in ſacculo fuerit depoſita.

Quod ſi debitor pacto.] Vt quis pacto ad carceres ſe obligare poſſit, rationi iuris conuenire nō videtur: quod hoc excedat poteſtatem conuentionis: ex qua non niſi actio ad dandum vel faciendum naſci poteſt: neque vlla actio, qua quis intendat aliquem in carcerem ire oportere iure noſtro prodita eſt: de quo pluribus *infr. part.2. diſput 29. th. 4. lit. F.* vbi Tr. ſimili errore, quod fideiuſſor ad carcerem ſe obligare poſſit, defendit. Et tamen Tr. caute hic non ſimpliciter hoc pactum probat, ſed tum demum aliquid operari ſtatuit, ſi facta prius excuſsione, debitor non ſoluendo deprehendatur. vt adeo prius actionē intentatam eſſe oporteat, nec aliud quicquā operetur pactum, quàm vt per illud beneficio ceſsionis bonorum videatur eſſe renuntiatum: quod an iure ſubſiſtat, tractatur *infr. p.2. diſp.24. theſ. 4.*

Super debito alieno.] Quod hic proponit, mulierem quæ renunciauit Velleiano, efficaciter ad carcerem ſe obſtringere poſſe, intelligendū eſt proponi ex conſtitutione Electoris Auguſti *part.2.c.21.* Vix enim eſt, vt iure ciuili hoc obtineat, quo vix in cauſis criminalibus mulier carceri poteſt mancipari *Nou.134.c.9.*

Illo vero caſu.] Debitorem non excuſſum, & cui aliquid pro alimentis relictum eſt ſuis ſumptibus alere ſe debere tradit. In quo nulla plane ratio dubitandi eſſe poteſt: & ad quæſtionem de incarcerando debitore, caſus debitoris nondum excuſsi pertinere non poteſt, quoniam hic etiam incarcerari non poteſt.

THESIS XV.

Theſis hæc tota fugitiua eſt, eiuſque materia proprio loco tractatur *infr. p.2. diſp.24. th.7.* ideoque paucis eam perſtringamus Ait lit. A. hypothecam quam habet, qui in ædificium extruendum credidit præferri expreſſæ: quod idem repetit lit. E. quod etiam tempore prioribus præferatur: quoniam ſi præfertur, neceſſum eſt præferri prioribus: alias ead. poteſtas eſt tacitæ & expreſſæ, vt ex tempore ius vtriuſque æſtimetur. Eſt enim ead. ratio & vis hypothecæ tacitæ ex SCto, & eius qui in rem aliam credidit ſub expreſſa hypotheca, quia vtraque priuilegiata eſt: quod ipſe tradit *Tr. in th. lit. e.* adeoque fruſtranee, quaſi per modum ampliationis ſubiicit, adeo etiam, vt tempore prioribus præferatur: quoniam priuilegium hypothecæ in nulla alia re, quàm in iure prælationis conſiſtere poteſt. Et illud ipſum tamen *in th. lit. D. & E.* parum ſubtiliter dicitur, quod qui creditur in rem obligatam: non habeat tacitam hypothecam, ſed expreſſam priuilegiatam: quia nullam plane hypothecam ex ſententia ipſius Treutl. de quo *infr. d. diſp.24.* habet, niſi quam ſibi conuentione pacauit, hoc autem facto ius prælationis conſequitur: quod non ſatis bene expreſsit Tr. Addit autem ead. lit. E. quod hic creditor cedat dori priori Ego vetius exiſtimo, quod etiam cedat dori poſteriori, ex ipſa *cit. Nou.97.* quam Treu. adduxit, & male intellexit, cum ibi tantum excipiatur, qui in militiam credidit, de quo pluribus *d diſp.24* Tria autem colliguntur requiſita ex hac th. vt hypothecæ & prælationi locus ſit; vt expreſſe de pignore conuentum, vt nominatim ad emendum vel reficiendum pecunia credita, & vt in eam rem conuerſa ſit: quod aliàs ius prioritatis aliis creditoribus quæſitum, cum iniuria afferretur. Colophonis loco notare liber, quæ hac diſp. alieno loco propoſita ſunt, & 1. *th 9* prolixe de pupillo minore, & c. 2. *ead. th. lit. D.* an prodigus lege, an ſententia fiat. 3. *th.11.* de ſolutione particulari, & ante diem, itemque de mutatione libelli. 4. *th.13.* de æſtimatione rei peremptæ, 5 *th.14. tit. 6. & ſeqq.* de debitore liberando per interitum rei, itemque eo exequendo, & tandem tota theſ. vlt. de priuilegio & prælatione creditorum.

Ad

DISPVTATIO XXI.

DE IVREIVRANDO.

THESIS I.

LIT. A.

EST *religioſa affirmatio.*] Rectius fortaſſis diceretur, enuntiatio quæ tanquam genus complectitur, & affirmationem & negationem, ſuper qua etiam iurari conſtat: niſi quis dixerit aliud eſſe, ſuper quo iuratur, ab ipſo iuramento, quod eſt ipſa numinis diuini obteſtatio: quo reſpexiſſe videtur *Couarr in cap quamuis d. pact. in 6. p. 1. in princip.* vbi iuramentum definit inuocationem nominis diuini in teſtimonium. Porro *Cyn. in authent ſacramenta C. ſi aduerſ. vendit.* definit, quod ſit affirmatio vel negatio verbis expreſſa cum vera religione. Vbi duplex incurrit dubium. 1. an iuramentum indigeat verbis nuncupatis: quod ipſe Cyn. magis negat probans, quod etiam mutus iurare poſſit: quin *Couarr. d. loc. nu. 5.* nec in eo quidem qui loqui poteſt, verba de eſſentia iuramenti eſſe putat. Equidem homo etiam interno affectu Deum teſtari & obteſtari poteſt, verum vbi de effectu iuridico agitur, verbis opus eſſe videtur, niſi ſicubi magiſtratus v. c. in muto, hoc geſtu aliquo ſuppleri poſſe decernat: cæteroquin hic verbis lingua nuncupatis opus eſſe crediderim. Alterum dubium naſcitur ex verbis, *cum vera religione* Equidem ſi diſputemus in abſtracto & quaſi in Idea, non poteſt mereri nomen iuramenti, niſi vbi inuocatur verum numen: cæterum conſiderata opinione iurantis, qui ſuperſtitione vel errore ductus, aliquid pro numine colit, aliud ſtatuendum erit: quæ etiam ſententia probatur à *Couarr. in d. c. quamuis p. 1. §. 1. numero 20 & ſeqq.* Cæterum loca hic notata de veteri iuramento Romanorum præter *Feſtum ſub tit. L. verbis, lapidem ſilicem.* deſcripta ſunt ex *Briſſonio lib. 8. de formul. fol. 3 pagin. 710. & Couarr. in cap quamuis part. 1. num. 21.* vbi prolixe forma huius iuramenti exponitur *adde Reuard. 5. var. 5. VVeſemb. in parat. h t n 6.*

Hodie in bene conſtitutis.] Dupliciter per Deum iurari poteſt, expreſſe & implicite: veluti ſi quis per ſalutem liberorum iuret, hoc iurare intelligitur: ita Deus ſaluos eſſe velit liberos ſuos: cui maxime in iuramento deciſorio, quod à parte offertur, locus eſſe videtur.

Moribus vero receptum eſt.] Cum dixiſſet tantum iurandum eſſe per Deum, ſubijcit, moribus receptum eſſe, vt etiam iuretur pro alio. In quibus nulla, quam tamen verba requirunt, eſt oppoſitio: quia etiam iuratus pro alio, iurabit per Deum, & aliud eſt per aliquem, aliud, pro aliquo iurare. Quæſtio autem hæc, an pro alio, & in animam alterius iurari poſſit, propoſita in genere, male reuocatur ad ſpeciem vnam iuramenti, videlicet vt ex allegatis apparet, quod calumniæ appellatur, quod an per alium præſtari poſſit olim fuiſſe opiniones notat *Bart. in l. 2. § ſin autem: C. d. iuram. propter calum.* (ex quo loco non poſſe ſatis perſpicue probari videtur, adeo vt gloſſ. correctam putet *l. 13. §. qui alieno, d. dam. infect.* de quo pluribus infra *th. 4. lit. D.*) ſed hodie deciſum eſſe per *cap vlt d. iur. calumn. in 6.* dummodo procurator habeat mandatum ſpeciale de iurando ſuper certa & ſpeciali cauſa. Cæteroquin in quæſtione ad theſin reuocata diſtingui poſſit, an agatur de obliganda conſcientia alicuius, & ex vera ratione non putarim recte iurari per alium, propter ſummam iuramenti perſonalitatem, vt tamen moribus vel lege aliud recipi poſſit. Quod ſi vero de actione vel exceptione per modum conuentionis ex iuramento quærendo agatur, indiſtincte per procuratorem imo etiam ſeruum tale iuramentum præſtari poteſt *l. 9. § pen. l. 20 & l. 23. l. 24. l. 25. h t.* ſi modo eiuſmodi perſonis fuerit delatum arg. *dd text.* alias ſi ipſi principali deferatur per procuratorem præſtari non poſſe ſtatuerim, quicquid etiam dicat *Zobel part. 1 differ. 20.* quoniam eo plane modo quo defertur, iuramentum præſtare oportet *arg. l. 3. §. vlt. cum ll ſeqq h. t* & alias iniuria fieret deferenti, qui ab ipſo domino præſtari vult, cum multum interſit, à quo iuretur, argument *l. 12. in princip. C. h. t.* de quo etiam infra *th 10 lit. F*

Vulgata hodierno vſu.] Varias proponit formulas Tr. 1. Bey Fürſtlichen Ehren vnd Trewen. 2. bey Adelichen Trewen. 3 An Aides ſtatt. 4. bey Chriſtlichen Trewen vnd wahren Worten / & denique per ſimplicem fidei interpoſitionem, bey guten Trewen vnd Glauben De quibus omnibus duplex quæſtio eſt: an ſint iuramenta, & an ſaltem habeant iuramenti effectum, & in quibus. Et quod ad primum attinet, ſimpliciter ſtatuo iuramentum eas formulas non eſſe cum *Couarr in cap quamuis p. 1. §. 2. n. 3.* quia deficiat eſſentiale requiſitum iuramenti quod ingreditur

defin

deſinitionem, vt videlicet fiat, per rem ſacram, & idem *ibid. nu.* 1. diſerte ait, longe differre ſimplicem promiſſionem à iuramento, prolixe reſpondens ad capit. quod ex Iure Canon. in contrarium adduci ſolet: vt proinde Treutl. ei iniuriam faciat, imputando quod omnes prædictas formulas eiuſdem cum iuramento ſtatuat eſſe efficaciæ: facit quod ipſe Treutl. paulo ante dixit, tantum iurandum eſſe per Deum. Cæterum in promiſſione & formula illa bey Chriſtlichem Glauben / fallaciam homonymiæ ineſſe recte aduerrit *Couarr d. p. 1. §. 2. numer 3.* quia vel intelligitur fides hominis Chriſtiani politica, vel fides ſaluifica, perquam vtpote rem ſacram iurari poſſe cenſet Couartu. Quæſtio ſecunda proponitur *in verſ. ſane quoad promiſſionu, &c.* vbi aſſirmat, quod quoad obſeruationem omnes hæ formulæ eiuſdem ſint efficaciæ cum iuramento, ſed tantum quoad pœnam differre. Ego hanc quoque ſententiam falſam eſſe exiſtimo, quoniam efficacia iuramenti ab ipſa forma iuramẽti fluit. Equidem non negauerim, conſuetudine effectus iuramenti eiuſmodi promiſſionibus tribui poſſe, maxime in eiuſmodi perſonis, quas ad iurandum adſtringi turpe ſit, veluti regibus aut principibus: cæterum extra iſtos & conſuetudinis expreſſæ terminos, non niſi iure conuentionũ iſtas promiſſiones æſtimauerim, præſertim ſimplices, bey guten Trewen vnd Glauben licet *Iaſ in l. 3. §. iurari hoc ti.* poſt multos iuramento iſtas promiſſiones exæquet: quem ſolum recte allegauit Treutl. in cæteris Cyno Bart. *Salic.* male ſequutus eſt fidem *VVeſemb. conſ. 52. nu. 19. infr.* qui hoc quærunt, an in caſu, *authen. ſacramenta* requiratur iuramentum corporale, id eſt, vt ipſi ad mores ſuos loquuntur, tactis Euangeliis & ſcripturis ſacris, an ſufficiat ſimplex iuramentum, quod videlic non fiat ſimplici promiſſione per fidem, ſed inuocatione numinis diuini, & adducendo DEVM in teſtem: quam etiam veram iuramenti ſpeciem eſſe, docet *Couarr. in c. quamuis p. 1. §. 1. num 1. & ſequent.* vt proinde plane commentitium ſit, quod ex *Saliceto refert.* Treutl. quaſi ille iam ſuo tempore obſeruari ſolitum ſcripſerit, vt promiſſiones id genus pro iuramento haberentur. Diſtinguendum alioquin hic non immerito videatur inter ſpecies iuramenti, quarum præcipue tres confirmatoria actus, obligatoria ſiue promiſſoria in ſpecie, & deciſoria: in quo poſteriori genere aliquando locus eſſe poſſit ſententiæ Treutler. quoniam tota hæc res ex conuentione dependet, & ad actionem vel exceptionem quærendam ſufficit, partis delationi ſatisfeciſſe, *argum. l. 3. §. vltim. cum ll. ſeqq. hoc tit. ex quo Iaſon. in dict. l. 3. §. iurati contra Fabrum, in §. item ſi quis Inſtit. d. action.* (quem locum non recte accepit Treutl.) defendit, ſi pars dicat, quod ſit contenta ſtare fidei actoris & credere eius conſcientiæ, & actor dicat ita eſſe per fidem ſuam, actori acquiri actionem. Atquin in iuramentis confirmatoriis vbique præciſe requiritur iuramentum, veluti contractu minoris *authent. ſacramenta, C. ſi aduerſ. vend.* in tranſactione maioris *l. 41. C. d. tranſaction.* in alienatione rei dotalis *cap. contingat. 28. h. t.* renuntiatione hæreditatis *cap. quamuis de pactis in 6.* quibus caſibus promiſſionem per fidem neque iure Canonico ſufficere conſtat: vt proinde falſum ſit, quod Treutl iſto iure etiam nudam fidei interpoſitionem pro iuramento haberi affirmat. In promiſſoriis iuramentis aliquo modo concedi poſſit, quod vim quaſi eorum habeant promiſſiones per fidem, ſi officium boni viri, promittens facere velit; ſed, quod recte peccat, ac qui fidem Deo teſte firmatam rumpit, & minus grauiter notat Couarr. violator eiuſmodi promiſſionis, non ita grauiter punitur: cui exemplo eſt, promiſſio iurata illuſtrium perſonarum, eiuſque violationi adiecta pœna in *l. penult. C. d. dignit.* quod etiam in confirmatoriis iuramentis locum habet argum. *l. 40. C. de tranſactio.* cuius pœnis eum qui tranſactionis non iuratæ fidem rumpit, non teneri conſtat.

THESIS II.

Lit. A.

Ait initio, quod iuramenti iſtius non ſit maior vis iure ciuili quam nudi pacti, ita vt propoſitionem iſtam etiam ad iuramenta confirmatoria accommodet: quoniam ſubiicit hoc generi, quod ita diuidit, vt vel confirmetur actus vel perſona fide adſtringatur. Id autẽ falſum eſſe apparet ex iam dictis, *& l. 1. Codic ſi aduerſ. vend. leg. 41. Codic. de tranſaction. l. penult. Codic d dignit.* & illis ipſis quæ Treut. mox lit. B. de tranſactionibus & venditionibus iuris proponit. Et Cuiac. tantum de iuramentis promiſſoriis agere videtur, ex quibus iure ciuili non naſcitur actio: cæteroquin maior eorum, quam pactorum nudorum etiam apud priſcos Romanos fuit autoritas: maiores noſtri, inquit alibi Cicero, nullum vinculum religione iuriſiurandi

prohibita *l. 25. d. donat. inter vir. & uxor.* & multis caſibus admiſſa eſt *l. 14. 15. § 4. l. 40. d. t. l. 45. d. uſur.* & quæcunque tandem morte confirmatur *l. 32. d. donat. int. vir. & ux.*

Sed an iure Canon.] Pergit porro Tr. nec iure Canon. donationem quæ excedit 500. ſolidos per iuramentum confirmari.

Quam ſententiam falſam eſſe exiſtimo, quoniam actus aliquos iure Canon. propter iuramẽtum ſubſiſtere videmus, in quibus maior eſt prohibitionis ratio: maior nullitas & iniquitas: quod oſtenditur exemplis adductis à *Geil 2. obſeru. 40.* alienatione rei dotalis *cap. cum contingat 29. d. iureiur.* pacto commiſſario *arg. cap. ſignificante. d. pignor.* in quo pontifex ideo quidem contra creditorem reſpondet, quod pactum illud improbatum ſit, ſed ideo reſpondet contra iuramentum, quod ibi pecuniam ante diem tranſmiſſam, ſed nuntium rupiſſe fidem, & debitorem extra culpam fuiſſe proponebatur. Exemplum illuſtrius eſt *in c. quamuis. d. pact. in 6.* per quod ius quodammodo à natura quæ ſucceſſionem liberis defert, quæſitum, iuramento tolli poteſt: quanto magis tolli poterit iuramento ius quæſitum mera lege poſitiua, videlicet reuocandi donationem, quæ à maiori libera voluntate facta, & iure gent. perfecta & efficax eſt, quod ius eiuſmodi reuocatione cum offendatur, tanto minus dubitandum eſt, ex ratione iuris Canon. iuramento poſſe confirmari. Vnde conſequitur neceſſario, veriſſimum eſſe, quod à Geil. ſcriptum male omnino improbat Tr. donationem eiuſmodi contra bonos mores iuris Canon. non eſſe, multoque minus ſuper ea interpoſitum iuramentum: quoniam vt dictũ eſt, actus ille iure gent. valet, adeoque nullo modo peccatum fouet aut nutrit, ex quo genere quæ ſunt, ea demum contra bonos mores iuris, Canon. eſſe dicuntur. Neque quicquam huic facit ratio, quod legibus poſitiuis etiam in foro animæ parendum ſit: quia lex ciuilis minime imperat aut iubet præciſe reuocare donationem, ſed tãtum permittit. Neque obſtat etiam, quod iuramentum ſit contra publicam vtilitatem, ne quis re ſua male vtatur. quoniam vt ii terminis huius quæſtionis reſpondent. *Couarr. in c quamuis p. 2. § 1. numer. 13. & Rolandus à Valle volum. 1. conſil. 19. n. 48.* cum iuramentum nullum eſſe dicimus, quod offendit publicam vtilitatem, directo eam offendi oportet & principaliter, quod aliàs nihil non dici poſſit offendere publicam vtilitatem.

De donatione inter virum.] Prædictis cõſequens eſt contra Tr. quod donatio inter coniuges iure Canon. per iuramentum confirmetur quia & hic mera, quin nec perpetua iuris poſitiui prohibitio eſt: & rationes quæ deſumuntur *ex l. 1. & ſeq. de donation. inter virum,* prætetquam quod non neceſſario, ſed probabiliter tantum concludunt, donationem illam principaliter offendere publicam vtilitatem minime efficiunt. Vnus ſcrupulus in hac tractatione reſtat, quem mouet *Treutl. in verſ. interim. & hoc &c.* quod ſeparata quæſtio ſit, an iuramentum addat validitatem contractui, & an ſit ſeruandum: qua in re pugnantes interpretum opiniones refert *Couar. in cap quamuis p. 2. § 1.* numero 17. Videri poſſit diſputatio hæc magis in verbis, quam in rebus conſiſtere: quoniam effectu hoc quæritur, an ex ratione iuris Canonici, qui ultra 500. ſolidos, qui coniugi donauit, donationem ſeruare teneatur, quod vtique affirmat, quod iuramentum eo iure validum & ſeruandum eſſe dicit: ſicuti cum iure ciuili eiuſmodi iuramẽtum fruſtra eſſe dicimus, hoc dicimus, quod & actus nullus & ipſum iuramentum ſit nullum. Sed poſſunt tamen non exigui momẽti effectus proponi, quorum cit. loc. meminit Couarr. 1. quod ſi contractus ipſe non confirmaretur, coheredes non obligarentur. 2. quod mulier quæ alienationem fundi dotalis iuramento firmauit, eã à tertio poſſeſſore petere poſſit. 3. quod ſtante communi ſententia, contractum confirmari, etiam impetrata abſolutione à iuramento, contractus manere validus Verum ad hæc dici poteſt 1. quod cum ex iuramento obligatio vtique naſcatur etiam ſolo, ad minimum poſſidens exceptione etiam contra heredes ſe defendere poſſet. 2. quod iuramentum non intelligatur fieri in ſolum fauorem perſonæ accipiẽtis, ſed ſimpliciter vt ſeruetur id, quod actum eſt. 3. quod ſublato iuramenti vinculo, quod vnum contractum ſuſtinet, ipſum quoque contractum amplius ſubſiſtere non poſſe, ſed redire quaſi ad naturalem ſuam nullitatem, priſtinæ ſuæ nuditati relictum conſequitur, quæ ipſa quorundam opinio ibidem à Couarr. proponitur. Cæterum, vt omnibus iſtis occurratur, probandam cenſeo communem ſententiam, quod actus ipſi per iuramentum confirmentur, ex hac præcipue ratione, quod illi ex ſe nulli nõ ſunt, ſed tantum à lege ciuili ademptis effectibus pro nullis reputantur. iuramentum autem autoritate iuris Canon. ſubnixum, conſiderationem

Digitized by Google

tionem illam iuris civilis quodammodo tollit, & eos in ſe & abſolute conſiderari facit. At dixerit quis, hoc poſito etiam citra iuramenti adiectionem actus iſtos valituros eſſe: cui obiectioni reſpondendum puto, vtique valituros eos, ſi mero iure Canon. aut gent. vteremur: atquin cum in Republ. circa materiam obligationum & actionum præcipue ſint iuris ciuilis partes, inde fieri, vt iuramento demum hi actus cōfirmari dicantur, qui aliàs propter autoritatem iuris ciuilis nulli haberentur: *vide etiam notata ſupra diſput. 6. theſ. 7. lit. D & diſput. 11 theſ. 9 lit. C.* vbi improbauimus abſurdam plane Iaſonis ſententiam, qui iuramentum quidem ſeruari vult, hactenus ſaltem, vt de facto præſtetur, ſuper quo iuratum eſt, vt tamen hoc ipſum ſtatim reuocari poſſit: qua quidem ſententia contra mentem & Impp. & Pontificum vis & effectus iuramenti planiſsime eluderetur.

LIT. C.

Quodſi iuramentum.]Quæritur, an iuramentum metu extortum validum ſit: Et apparet diſtingui à Treut. inter ius Canonicum & ciuile: illo quidem valere & tamdiu obligare, donec abſolutio fuerit impertrata. (quod & tanquam certum tradit *Couarruv. in cap. quamvis p. 3. §. 4. nu. 2.*) hoc autem nullum eſſe, neque adeo opus auxilio prætoris. Verum cum iuramento inſit promiſsio, & regulariter promiſsio metu extorta ipſo iure valeat, aut regulæ ſtandum erit, aut probanda exceptio: quam quidem non aliunde probari video, quam *ex authent. ſacramenta. Co. dic. ſi aduerſ. vend.* Verum ex ratione iuris diſputantem, non magnopere mouerit Imperii Germanici conſtitutio: ad quam tamen commode reſponderi poſſit, nullius momenti iuramenta illa dici oppoſitiue ad iuramenta libere præſtita, quæ in pr. authent. inuiolabiliter citra vllam retractationem Imp. vult obſeruari: quo reſpectu, quæ beneficio reſtitutionis reſcinduntur, non abſurde nullius momenti eſſe dici poſſunt.

Iure vero Canon.]Simpliciter à iuramento metu extorto abſolutione opus eſſe, improbata etiam Geil diſtinctione affirmat. Verum contra puto, omnino diſtinguendum eſſe, an iuratum ſit ſuper actu iure licito an illicito: priori caſu indiſtincte abſolutione opus eſt: poſteriori ſubdiſtinguendum eſt, quod actus aut illicitus eſt iure tantum ciuili, & cum hic iuramento confirmari poſſit, abſolutione opus eſſe exiſtimo contra Geil. qui ſimpliciter abſolutione opus eſſe negat, vbi ſuper actu quouis iure illicito vi & metu interueniente iuratum eſt: aut iure ſimul gent. & naturæ illicitus eſt: & citra abſolutionem ad obſeruationem actus & iuramenti non adſtringi iurantem, contra generalem Tr. aſſertionem rectius defendi videtur: ſiquidem ipſum obſeruare iuramentum peccare eſſet, & ab ea re abſolutionem petere, quam quis citra peccatum facere non poſſit, videatur abſurdū, quia ſi illud quod iurauit, feciſſet abſolutione indigeret. Poteſt tamen hic conſiderari duplici de cauſa abſolutione opus eſſe, altera, vt ne facere cogatur quod promiſit, altera vt tollatur peccatum, quod committitur ipſa rei turpis promiſsione, licet vi vel metu extorta, quoniam metus non excludit conſenſum; & quæ ex ſe turpia ſunt, vt ea faciamus, aut ea facturos promittamus, nulla violentia induci debemus. Attamen Treut. huc reſpexiſſe non videtur, ſed diſputaſſe de ea abſolutione, qua quis liberatur à neceſsitate præſtandi quod in iuramentum deductum eſt: quod tota tractatio lit. B. non obſcure demonſtrat.

Iure ciuili nec valeat]Ita colligit Tr iure ciuili non valet, ergo nec prætoris auxilio indiget. Enimvero homonymia ineſt in phraſi, *non valere*: quæ ſignificat vel ita non valere, vt nulla plane naſcatur obligatio, vel vt non naſcatur ciuilis: quo poſteriori ſenſu conſequentia bona non eſt, quia etiam naturalis obligatio, quæ iure noſtro non paucos habet effectus, ſufficit, vt reſtitutionem imploiare ſit neceſſe: quomodo qui naturaliter obligatus ſoluit, non niſi beneficio prætoris ſolutum condicere poterit. Et vero cum metu facta magis voluntaria ſint, quod multis rationibus comprobat *Ariſt. 3. Ethic. 1.* & docet *l. 21. §. pen. quod metus cauſa.* promittentem obligari conſequitur, quod & ipſa exceptio *quod metus cauſa* arguit.

THESIS III.

In diſtinctionibus iuramenti hac th. & præcedd. propoſitis quædam notanda videntur. Etenim iuramentum, quod omne per Deum vult præſtari Tr. ratione formæ vnicum eſſe videtur, variæ autem diſtinctiones à qualitatibus quibuſdam externis petuntur: ex quo genere eſt diuiſio th. 1. ſumpta ab obiecto, quod non variat naturā iuramenti. Sed illud minus recte, quod & th. 1. & 2. nulla eſt accurata membrorū oppoſi-

oppoſitio: ſiquidem ſpecies quæ priori membro th. 1. de cauſa non controuerſa ſubiiciuntur, iuramenti ſc. confirmatorii & promiſſorii, etiam ſub poſterius membrum th. 1. de cauſa ſc. controuerſa, referri poſſunt: quoniam non dubium eſt etiam circa cauſam controuerſam iuramentum confirmatorium & promiſſorium interuenire poſſe. Deinde inter ipſa membra th. 2. confirmare negotium, & perſonas fide adſtringere, nulla eſt pugna, quia etiam confirmatorium iuramentum, imo omne omnino finem iſtum habet, vt perſona arctius obſtringatur: adeoque non recte ſpeciei differentia generis tribuitur. Idem lapſus videtur th. 3. in ſubdiuiſione lit. A. quoniam iuramento generale eſt, vt religionem iniiciat, licet per verbum, *ſolus*, poſſit excuſari Tr. & tamen ſpecieb. ſubiectis hoc non ſatis conuenit: tum quia iuramentum teſtium ideo introductum eſt, vt certior fides dictis adhibeatur: tum præcipue quod iuramentum purgationis quodammodo & rectius ſubdeciſoria referri poteſt, quia præſtitum ſequitur abſolutio, perinde ac ſi quis iuret in iudicio ſe non debere. Denique ſubdiuiſio altera th. 6. quod iuretur vel ob litem vel ob delictum debitoris, membra pugnantia non habet, & ſimul male iuramentum in litem ſub iuramento, quibus controuerſia deciditur, refertur: quod ſi generalius phraſin illam, dirimere controuerſiam, vſurpes, etiam alia iuramenta, quæ tamen ſpeciei oppoſitæ à Tr. ſubiiciuntur, eodem referri poſſit.

LIT. B.

Vbi non male] Putat iuramentis illis tribus, quæ religionis tantum iniiciendæ cauſa præſtantur, recte addi poſſe quartum, de iudicio ſiſtendo. Quod ſane perquam videtur dubium, quia iuramento hoc id agitur, vt reus certo die ſe ſiſtat, adeoque hic finis eſt iuramenti iſtius, vt perſona fide aſtringatur. Cæterum ſi iſta ſpecies recte huc refertur, eodem referenda erunt & illa, quæ vel propter dignitatem perſonæ, vel ob defectum ſatiſdationis, de perſequenda lite aut de permanendo in iudicio præſtanda ſunt, de quibus *in l. per. Cod. dignit. Nov. 53 & Nov. 112. Auth generaliter. C. d. Epiſc. & Clericis. auth offeratur. C. d. lit. conteſt.* Rectius fortaſſis ſub iſtam ſpeciem quæ ſpectat, vt religio iniiciatur, referat quis iuramentum tutorum, de quo in *Nov. 72. c. vlt.* & iudicum, de quo in *l. rem non novam C. d. iudic.*

LIT. C.

Olim ſpeciale] Ait olim ſpeciale iuramentum calumniæ in ſingulis iudicii partibus præſtandum fuiſſe ex *l. 1. C. d. iuram propt. calum.* Verum illa lex non de iudicii partibus, ſed de probationibus agit, & conſtitutum eſt demum *Nov. 49. c. 3.* vt cum olim quoties de probationis aliqua ſpecie agebatur, iurandum eſſet, hodie ſufficiat ſemel in vniuerſum iurare, ſe nihil calumniæ cauſa facturum. Cæterum Donell. & Cuiac. quos improbat Tr. nō hoc ſtatuunt, quod in ſingulis cauſis vel partibus iudicii iurādum ſit, ſed hoc quod etiam poſt nouam illam Iuſti. conſtitutionem, quibuſdam ſpecialibus caſibus iuramentum calumniæ præſtandum ſit, quod mihi non improbatur: quoniam occurrunt aliquando actus ſingulares iuramenti delatio, vt inſtrumenta edantur, literæ comparentur, vt inſtrumentum ſemel probatum falſi arguere liceat, quibus citra ſpeciale iuramentum locus dandus non videtur *arg. l. 20. & 21. C. de fide inſtrum. Sichard add l. 20. nu. 2* ſiue illud iuramentum calumniæ appelles ſiue malitiæ, quod vt iudex deferre poſſit parti, quandocunque ipſi cauſa poſtulare videatur, iure Canon. conſtitutum eſt *c. vlt. d. iuram. calumn. n. 6.*

Neceſſe eſt vt principio litis.] Ambigua hæc phraſis eſt: vel enim ſignificat, non poſſe exigi ante litem conteſtatam, quæ ſententia vera aliquantò eſt: vel non poſſe præſtari poſt litem conteſtatam, quæ ſententia videtur eſſe Treu. qui ius Can. ſecundum quod tempore quocunque præſtari poſſit; opponit iuri ciuili. Atqui ita conſtituit Iuſtin. vt ſiquidem lis nondum cepta ſit, omnimodo iudex iuramentum hoc exigat: ſi vero hoc initio omiſſum, & cauſa iam agi cepta fuerit, à præſentibus itidem hoc iuramentum præſtandum, abſentibus autem, cauſam etiam non præſtito iuramento finiendam eſſe, ac contra intentionem Iuſtiniani lis iam decurrens ſuſpendatur & extrahatur, *l. 2. § vlt. C. de iuram. cal.*

Quo neque remitti poteſt.] Probatur hoc ſatis expreſſe *ex l. 2. §. ſed quia 4. C. d. iuram cal.* receptum tamen eſt, vt quod Treut. ait, tacite omitti poſſit id eſt, ſi non fuerit petitum, proceſſus nō vitietur: quod & notat *Marant. part 2 partis 6. princip. poſt. Accurſ in l 34. §. 4. h. tit. d iur n. 2.* vbi tamen ita loquitur, ac ſi hæc ſententia cōformis eſſet iuri ciuili. & *d l 2. §. 4* male ad expreſſam remiſſionem reſtringit. Plane nihil huc facit *d. l. 34. & §. 4. h. t.* quæ eſt de iuramēto ſpeciali, vbi ſolus

ſolius partis intereſt: quamuis videam *Br. & Salic. & Caſtr.* ad illum locum hoc annotare: quod iuramentum generale calumniæ remitti non poſſit *ex d.l.2 §.4.* ſed poſſit omitti.

Quod licet ratione careat] Ait, ius Saxon. quo ſublatum eſt iuramentum calumniæ generale, carere ratione. Sed videamus an non his rationibus, ne irrationabilis & diabolica ea ſententia dicatur, effici poſſit. 1. vt propter leuitatem iurantium, & præſumpta crebritas periuriorum, euitetur: *c. de cohabi. cleric.* vbi propter metum periurii Pontifex non vult cogi clericos ad abiurandas concubinas. Et vt ait *Bald. in l. ſi poſt. C. d. euiction.* iuramentum iſtud hodie cōtemnitur, & non appreciatur vnum obulum: & addit Marant. cit loc. litigatores hodie potius iurare de calumnia committenda, & ideo cenſet melius eſſe, vt in totum hoc iuramentum tollatur, ad euitanda tot periuria 2 quod propter hanc cauſam viri boni abſtinent foro, quorum locum ſubeunt improbi & mali, vt ait *VVeſemb. in paratit. C. d. iuram. cal. nu. 5.* 3. quod iure Sax. ſpeciali iuramento calumniæ locus eſt, quod iudex ex arbitrio & iure ſuo, vbi id neceſſarium eſſe animaduerteret, partibus imponet, vel à parte delatum approbabit. Neque enim dubito errare Tr. dum hoc iuramentum ſpeciale ex ratione iuris Saxon. ad vnicum tantum & ſingularem caſum in extremo theſis reſtriugit.

THESIS IV.

LIT. A.

In cauſa etiam criminali.] Quæſtio duplex eſt de accuſatore & Reo. Et video Sichardum *in l. 1. C. de iuram. calum.* exiſtimare, quod nec accuſator in criminalibus cauſis de calumnia iurare cogatur, ſed tantum de veritate dicenda Quam ſententiam falſam eſſe, non dubito, non obſtante ratione, qua ſola mouetur Sichard. quod liceat aduerſarium corrumpere: quoniam hoc tantum in capitalibus admiſſum eſt, & quidem non tam ex ratione iuris, quam propter magnitudinem periculi, miſerationis intuitu, & quidem hoc effectu, ne propterea cenſeatur eſſe calumniator, vt diſputatum eſt ſupra de tranſactione. Nec mouet etiam ratio, qua Weſembec. vtitur, quod ſufficiat inſcriptio: quoniam hæc tantum operatur, vt obligetur accuſator ad pœnam talionis, non autem excludit ſuſpicionem calumniæ, quin tanto magis periculum eſt, ne calumnietur, & quiduis dicat agatque, vt pœnam inſcriptionis euitet, cui adeo rei iuramento hoc calumniæ eſt occurrendum. De reo maior dubitatio eſt, an in criminalibus de calumnia adeoque veritate dicenda iurare teneatur: vbi affirmatiuam ſententiam communem & ſtylo Italiæ receptam teſtatur *Clarus in pract. crim. §. final. quæſt. 45. nu. 9.* eamque autoritatibus & rationibus octo confirmat *Gomeſ. variar. reſolut. part. 3. c 12. nu. 15.* Clarus tamen d. loc. practicam illam communem improbat, & poſt eum eamdem damnat *Emanuel Soarez in not. ad Gomeſ. d. loc. lit. B.* & prolixe contra eam diſputat Zanger. in oratione ſubiecta tractatui de tort. reor quos ego quoque & ita negantem ſententiam probo, ex vnica hac ratione, quod præbetur manifeſta periurio occaſio: quoniam eum confeſſum ſequatur condemnatio & pœna; reus vtique, peieraturus, potius quam veritatem dicturus præſumitur.

LIT. B.

Etiam ſpirituali] Pugnāt hac in re duo capitula videlicet *cap. 2. d. iuram. cal. & c. 1. §. vlt. eod. in 6.* adeoque apparet propter malitiam clericorum priori canoni derogatū fuiſſe, quod & notatur à *Sichard in rubr. C. d. iuram. cal. num. 6. & à VVeſemb. ibid n 7.* quod mirum eſt non obſeruatum fuiſſe à *Geil. 1. obſeru 38.* qui ea de cauſa in iudicio poſſeſſorio iuramentum calumniæ requirit, quoniā hoc ad laicum iudicem pertinere aſſirmat, & eo ipſo ſpiritualem cauſam eſſe negat.

LIT. C.

Hoc iuſiurandum patronis.] Et oportet igitur mendum eſſe editionis Florent. *in l. 34. § 4. h. tit.* vbi negatur remitti. Et ſane Accurſ. Salic Caſtr. qui citra ſcrupulum ad illum locum notāt, quod hoc iuramentum remittatur parenti & patrono, affirmatiuam lectionem habuerunt: & ita ceſſum ſit: habet vetus editio de anno 529 *aque parentibus patroniſque remittitur*, quod etiam cōuenit cum *l. qui bona 13. §. pen. d. damn. inſr. l. 8. §. pen. qui ſatiſd cog. l. 16. h t.* quod iniurioſum fuerit patrem aut patronum à filio vel liberto calumniæ alicuius inſimulari. *arg. l. 6. § pen. & l 9. d obſeq. parent. praſt.* cum etiam contra hos nulla actio detur, quæ fraudis habet mentionem *l. 2. & l. 5. cum ſeqq. d tit.* Neque admitti poteſt diſtinctio *Fornor. 2. ſelect. 4.* an iuretur ob rem, an ob perſonam *ex l. 14 h tit.* de iuramento non calumniæ, ſed deciſorio tractat, quod vtique remitti non poſſe, apertum eſt, & omne iuramentum calumniæ perſonæ fidem & ſinceritatem concernit, vt recte notat *Cuiac. 9. obſer. 37.* Cæterum *l. 34. §. 4. h. tit.* de iuramento ſpeciali: ſed generalis, quod pro toto proceſſu præſtatur, videri poſſe

ſit, nec parentibus nec patronis remittendum eſſe: & hoc quorundam ſententiam, quod hæc l. 34. §. 4. corrigatur per l. 2. C. d. iuram. cal. refert Br. in d. §. 4. Ipſe autem ita ait: tu dic quod non corrigitur, ſed lex noua Cod. per iſtam determinatur.

LIT. D.

Procuratori fiſci] Gerit enim officium neceſſarium, vt merito iuramento hoc non grauari debere videatur: quæ etiam ratio militat in procuratore ex officio conſtituto, circa quem tamē Treut diſtinguit ex *Gail 1. obſerv. 88 num. 9.* vt non cogatur iurare de calumnia quoad merita cauſæ, ſed bene quoad proceſſum, v c. quod calumnioſe dilationes petere & litē extrahere nolit. Atquin cum ex officio quoque datus circa merita cauſæ calumnioſe verſari poſſit, ſiquidem iuſſus & imperiū iudicis, non poteſt illum excuſare, quominus ea parte quæ proceſſum concernit, iurare cogatur, non animaduerto, quare magis ea parte liberari debeat, quæ concernit merita cauſæ. Et ſane cū in diſtincte procuratores & patronos cauſarum iurare velit Iuſtin. eorumque munus publicum ſit, fortaſſis tutius inſiſtemus regulæ: quod alias aduocatus per indirectum, operam ſuam parti negando, & ita efficiendo vt implorato officio iudicis opus ſit, neceſſitatem præſtandi hoc iuramentum euitare poſſit.

Alias quoque per procuratorem.] Ait Tr. quod etiam iure ciuili iuramētum calumniæ per procuratorem præſtari poſſit. Cui ſententiæ repugnat, quod *in l. 2. §. 3. C. de iuram. cal* dicitur, non poſſe actorem per alium alibi, litigare, niſi in prouincia ipſe iuramentum calumniæ præſtet, quæ verba ad procuratorem referri nō poſſunt, quod ineptum ſit diſputare de iuramento procuratori deferendo, antequam ei cauſa ſit mandata. Poſſit ſane colligi ex *d. §. 3.* reum recte præſtare hoc iuramentum per procuratorem: ſed nec abſurdum fuerit plus hac in re permitti reo, quam actori, & vera ſententia illius loci eſt, nō quod procurator hoc præſtet pro reo, de quo in *pr. L. agit Iuſtin* ſed quod ipſe procurator, pro quo ſatiſdatum eſt, præſtare illud teneatur: & hoc ipſum fauori reorum conceſſum eſſe videtur, vt ſufficiat ab illis, qui pro reis interueniūt, hoc iuramentum præſtari. Et facit pro hac ſententia *l. 12. §. 4. C. h. t.* vbi in genere conſtituit Iuſtin. vt perſona quæ iurare debet, citetur, ad comparendum, & iurandum, aut in alio loco iuramentum ipſa præſtet: quæ pars inepta eſſet, ſi per alium recte iuramentum præſtaretur. Sed obiicitur *l. 13. §. qui alieno 13 d. dam. inf.* Reſ. onderi poteſt, vel aliam iuriſiurandi apud Ethnicos, aliam apud Chriſtianos eſſe rationem: vel quod caſu ſingulari & extraiudiciali admiſſum eſt, ad conſequentias non eſſe trahendum: & vero Iuſtin. dum introducendo hoc iuramentum generale omnibus calumniis & fraudibus occurrere voluit, non immerito ab ipſis perſonis principalibus hoc iuramentum voluit præſtari, quæ aliàs iuramento procuratoris licet in animam eorum præſtito, vel non ſint obligatæ: vel non ſatis putent ſe eſſe obligatas.

Contumacia tamen.] Contumaciam procuratoris domino nocere negat. Cui obſtat tū ratio, quod efficiatur dominus litis, tum textus *in l. 10. C. de procur.* Plane videri poſſit Tr. loqui de contumacia ſpeciali procuratoris nō volentis iurare de calumnia, cuius contumaciæ effectus cum ſit, vt v. c. articuli aduerſæ partis pro confeſſatis habeantur, vix dici poſſit, contumaciam illam quoad hunc effectum domino nocere debere, de quo vide *Gail 1. obſ. 89.* quem ait Tr. contrarias opiniones conciliare, & tamen apud illum nulla niſi benignitatis & ſtricti iuris in ſpeciali tamen pœnarum genere: diſtinctio eſt. Sed de hoc pluribus eſt actum ſupra *diſp. 9. th. 12.*

LIT. E.

Niſi iuſta cauſa recuſandi.] Difficulter iuramentum calumniæ, de quo hic vtique agitur, poterit recuſari, & cum ſit de veritate dicenda & de bona fide, vix iuſta eius detrectandi cauſa poterit allegari. Et haud ſcio, an Tr. hic incogitantia lapſus, ad iuramentum calumniæ accommodauerit, quod pertinet ad iuramenta deciſoria, de quibus etiam tantum agitur *in c. vlt. h. t & in th. 9. lit. A.* ad quam refert Tr. & iuramentorum illorum & iuramenti calumniæ, quoad cauſas recuſandi diuerſa ratio eſt.

LIT. C.

Sententia declaratoria.] Communem hanc eſſe opinionem & receptā tradit poſt *Andr. Gail. Bernard.* Græven, *concluſ. 86* Cæterum mihi videtur requiri ſententia condemnatoria vel abſolutoria, quod & ratio ſuadet, & perſpicue ſatis probat *auth. principalis §. 5 C. d. iuram calum.*

Quod iuramentum affini.] Iuramentū ſcil. malitiæ affine eſt iuramento calumniæ generali, ſed ſpeciali: & illud ea de cauſa introduxiſſe Pōtifices videntur, quod ſequuti communem Dd. opinionē exiſtimauerunt, ita iure ciuili intro-

ductum eſſe iuramentum calumniæ initio præſtandum, vt iuramento ſpeciali calumniæ plane locus non eſſet, quod iam ſupra refutatum eſt.

THESIS V.

LIT. A.

Remitti poteſt] Id quidem receptiſſimum eſt, ſed obiici poſſit, quod tradit Tr. infra *p 1.diſp. 5.th 6.lit F.* omnem vim & ſubſtantiam depoſitionis teſtium eſſe in iuramento: de quo ibid. dicemus.

LIT. B.

Quod verum eſt.] Ait verum eſſe, quod iuramentum purgationis, præſtetur in cauſis criminalibus & matrimonialibus, itaquidem vt ex textibus præmiſſis hoc inferre videatur, qui tamen omnes de caſibus quibuſdam extraiudicialibus & omnes de cauſis ciuilibus excepta. N.124 c 2. loquuntur. Et *in N. 62.c 3.* iurat tutor deſignatus ad effectum vt liberetur à tutela *In leg.6.§.4.Cod.de his qui ad Eccleſ.* iurat quis, nihil ex bonis creditoris, qui ad Eccleſiam confugit penes ſe exiſtere *l vltim.Cod de fide inſtrumen.* eſt adſcititia à Cuiacio adiecta, & tamen tractat quoque de cauſa ciuili: cæterum *l vlt* ex editione vulgata de iuramento ſpeciali calumniæ tractat. *l.vltim.§ 5.Codic.d.iur.domin impetr.* defert iuramentum creditori quod bona fide in venditione rei pignoratæ fuerit verſatus Vt proinde nec ferendum ſit, quod Treut. tanquam horum textuum autoritate tanquam iure certo purgationis iuramentum in cauſis matrimonialibus & criminalibus admittit, & poſtmodum valde dubitat, an & in cauſis ciuilibus huic iuramento locus ſit: ſiquidem ſolum *cap. 5. & vlt.* agunt de purgatione criminum, ſuper quibus clericus non accuſatus, ſed tantum diffamatus eſt: de cauſis autem matrimonialibus textus adducitur nullus, & cum cauſa hæc ſit maximè fauorabilis, vix eſt vt contra matrimonium iuramentum hoc admittatur: niſi forte qui matrimonium aſſerit in probationibus deficit: quomodo etiam in criminalibus tum demum Dd. reum ad iuramentum purgationis admittunt, vbi præſumptionibus leuioribus & ad torturam non ſufficientibus grauatur *Clar.§.vlt.quæſt.63. num. 4. Heigius quæſtion.40.num.32. Sether. tract. d.iuram libr.3 c.11 numero.3 & 27.* Porro Treut. cauſas matrimoniales non ſatis bene ciuilibus opponit, & de his hoc quærere debebat, an in iis iudicialiter tractatis huic iuramento ſit locus: cuius quæſtionis negantem partem ratio iuris ſuadet, ex qua actore non probante reus abſoluendus eſt, vtcunque nihil ipſe omnino præſtiterit. In criminalibus autem aliquid facit conſideratio, quod publice intereſt delicta, detegi & puniri, vt ita magiſtratus ex officio, maximè ſi procedatur per modum inquiſitionis, hoc iuramentum deferre poſſit. Nec quicquam pro Tr facit *l.6 §.C.d.his qui ad Eccleſ.* quia eſt ille caſus ſingularis & extra iudicialis, quo ſe purgat clericus, qui ſuſpectus eſt accepiſſe aliquid a creditore qui confugit ad Eccleſiam, & de cuius bonis vendendis tractatur.

Idque ſequitur Nouell &c.] Ad probandũ quod iuramentum purgationis etiam in cauſis ciuilibus deferri poſſit, adducit verba ex Nou. Elector Auguſti, wan der Kläger einen groſſen Verdacht beweiſen/vnnd gröſſere Vrſachen ſeynd das iuramentum purgatorium, dann ſuppletorium zuſprechen. Hæc vt commode defendantur, diſtingui oportet, an reus ſimpliciter neget, & præſumptionibus grauetur, an excipiendo aliquid ponat, & in eius probatione deficiat. Jllo caſu iuramento purgationis, hoc vero ſuppletorio locus erit, quamuis verba Nouel eam præ ſe ferant ſententiam, quaſi illud tantum iuramentum quod actor præſtat ſuppletorium diceretur Vtique neceſſarium iuramentumque Dd. appellant, nihil aliud eſt quàm ſuppletorium, quod etiam reo deferri ipſe tradit *Treut. th 10. lit C* probatur ex *l admonendi 31. h.tit.* Illa quoque Nov. verba, wann der Kläger einen groſſen verdacht erweiſen/ dubitationem faciunt, & ambigua ſunt. quia vt paulo ante traditum, & ratio ſuadet, ad iuramentum iſtud purgationis tum demum admittitur reus, ſi contra ipſum militent leues ſaltem præſumptiones: quod ſi enim grauiores ſint, & probationem ſemiplenam faciant, ſuppletorium iuramentum actori potius fuerit deferendum. Sed crediderim hanc eſſe mentem conſtitutionis, vt ne propter leuiores præſumptiones in cauſis ciuilibus reo imponatur: hoc iuramentum, ſed ille hic potius ex regula iuris abſoluatur: vbi autem grauiores præſumptiones ſunt, arbitrarium ſit, & ex aliis circumſtantiis æſtimandum, an actor potius, an reus ad iurandum ſit admittendus: quod innuunt illa verba, wann gröſſere Vrſachen ſeynd/ das iuramentum purgatorium, dann ſuppletorium zuſprechen.

Defertur in Camera.] Ait deferri & illi, qui ex legitimis indiciis de crimine fractæ pacis ſuſpectus eſt, & ſubiicit, idem fieri, ſi actor accuſans in plena probatione deficiat. Atquin hic caſus

non

non eſt diuerſus à priori, niſi fortaſſis in hoc, quod illis per modum inquiſitionis hic, accuſationis procedatur: quod tamen in hac quæſtione nullam diuerſitatem inferre poteſt & in Camerali iudicio, de quo ibi loquitur, vix eſt, vt per modum inquiſitionis procedatur.

Quin imo poſt præſtitum]Ratio ſumi poteſt ex *l.31 h.t* quia hoc iuramentum non a parte, ſed à iudice defertur: quamuis hic replicari poſſit, aliud eſſe in cauſis ciuilibus, in quibus quiſque intereſſe perſequitur, aliud in cauſis criminalibus in quibus cum intereſſe verſetur publicum, & magiſtratus vices Reipubl. ſuſtineat, deferendo iuramentum perſecutioni publicæ præiudicare videtur: licet non ignorem hic duplicari poſſe, quod cum publice interſit ſcelera puniri, tanto facilius concedenda ſit repetendi facultas, & quod magiſtratus magis ad effectum abſoluendi ab inſtantia, quam omnimodo iuramentum purgationis detuliſſe intelligatur. Cæterum nihil pro iſta ſententia facit citat *auth novo iure C d.pœn. iudicis &c.* ſicut & illud hic conſiderandum eſt, quod *in l.31 h.tit* in qua fundatur ſententia Tr. non conceditur repetitio, niſi actor per inſtrumenta cauſam ſuam probare velit, probationi autem eiuſmodi in cauſis criminalibus non niſi caſibus ſingularibus locus eſt, de quo infra *p 2.diſp. 4 th.* 8 Cæterum quæ proponuntur in hoc verſ. *quin imo poſt, &c.* cum præcedd. connexionem non habent.

THESIS VI.

LIT. A.

Vitium diuiſionis hic propoſitæ, quod iuramentum in litem non recte ſub deciſoria referatur iam ſupra *ad th.3.* notauimus Nec recte ſe habere videtur definitio, quod deferatur propter delictum vel culpam: quia cum ita velit proponere duas iſtius iuramenti ſpecies, iuramentum affectionis, quod dicitur etiam propter culpam latam; quæ proprie delictum dici non poteſt, defertur: iuramento autem veritatis principaliter non culpa, ſed neceſſitatis ratio locum facit, de quo pluribus infra.

LIT. B.

Satis multa hic proponit de re non magni momenti, de lectione *l.1.d.in lit. iurand* in cuius fine *Ant.Fab.5 coniect* 17. deleta particula, *ex*, legit, *ſed contumacia æſtimatur &c.* Tr. hic ſubtilem agit & ait, verba iſtius *l non pluris per hoc*, & verba *ſed ex eo*, non ad contumaciam, ſed ad iuſiurand referenda eſſe. Atqui hac lectione, *ſed ex contumacia æſtimatur*, ead fit ſententia quã vult Ant.Fab. & verbum illud, *eo*, nuſquam apparet, & Tr. eſt commentũ. Nimirum fruſtra, in ſcirpo quæritur nodus, & perſpicuus ſimplexque eius loci ſenſus eſt, per hoc ipſum quod in litem iuratur, rem æſtimari vltra eius pretium, adeoque ex contumacia, quæ iuramento huic cauſam præbet. Qua in re ridiculus eſt Ant. Fab. hæc contraria eſſe exiſtimans, rem non fieri pluris, & tamen æſtimari pluris quia illud deſignat id, quanti reuera res eſt, hoc, quanti eſt ex affectione iurantis, cui indulgetur propter contumaciam rei etiam in infinitum: vt proinde neceſſario ſequatur, ex contumacia ipſam rem æſtimari vltra quam reuera eſt, non autem ipſam æſtimare contumaciam, quæ mulcta, magiſtratus coerceri ſolet. Et nimirum hæc ſententia ICti eſt, non eo quod ex accidenti res ex contumacia pluris æſtimatur, tanti etiam rẽ & ſub eodem valore in iudicium deductam videri. Quod aliàs re etiam citra dolum perempta, in eandem ſummam reus fuerit condemnandus.

LIT. C. & D.

Definit voluntarium iuramentum, quod à parte parti defertur extra iudicium. Vbi verba, *extra iudicium*, ambigua ſunt Quod ſi enim iudicium etiam ſignificet tractationem, quæ fiebat apud prætorem, falſa erit iſta definitio: quoniam quatenus voluntarium iuramentum opponitur iudiciali, quod lite cõteſtata defertur, de quo *in l.34.§.9.h.t* quod in iure apud prætorem deferebatur, ſub voluntarium iuſiurãdum referri oportet: idque conſequens eſt traditis à Treutl. *th.9 lit.E* vbi actionem in factum ex iuramento iudiciali competere negat, quam tamen certum eſt dari ex iuramento apud prætorem præſtito, quo caſu actio rei iudicatæ non habet locum Et de iuramento hoc recte accipitur *l.26.§ vltim. hoc tit.* quia dicitur eſſe in conuentione, male autem à Treutl. refertur ad iudiciale; fortaſſis quia dicitur habere inſtar iudicii: quorum verborum ſenſus eſt, quod naſcatur actio & exceptio, perinde ac ſi iudicatum eſſet. Male etiam eò refert *l 25. h tit.* quæ tamen loquitur de ſeruo, qui perſonam ſtandi in iudicio non habet: & omnino in dubio omnes textus ſub hoc tit. de iuramento voluntario accipiendi ſunt, non iudiciali, quod ſequitur ſententia *l.34 §.9 h t.* & ex quo adeo interpoſito ex ipſius Treutl ſententia *theſ 9.lit E* actio ciuilis iudicati datur. Et ergo, iuramentum quod volun-

Digitized by Google

voluntariū aut præſtetur ſiue defertur citra præſentiam alicuius magiſtratus, aut coram magiſtratu, ſcilicet prætore, quarum ſpecierum duplex differentia dari poteſt, prima, quod illud nemo ſuſcipere tenetur nec referre, quæ in dubium vocari, & exiſtimari non immerito poteſt, mentem hanc prætoris fuiſſe, vt etiam ita delatum iuramentum præſtandum aut referendum eſſet, argument. textus generalis *in l. 34. §. 6 h. tit.* ita vt ſi v. c. creditor iuramentum ſibi delatum recuſaſſet, ei actionem denegauerit prætor. 2. quod poſtquam a parte alterutra ſuſceptum eſt, nulli amplius relationi locus eſt: quo referri ſolet *l. 17 in princip. hoc titul.* verum hæc quoque non placet, nam & iuramentū coram prætore delatum & ſuſceptum referri amplius non poterat: & vbi omnino extra iudicium delatum erat, initio referri potuiſſe, dubitandum non eſt. Vt ergo proinde fere exiſtimem, quod *in lege decimaſeptima hoc titul.* non agatur de ſpecie ſingulari, ſed omnino de eadem quam prætor actione data confirmauit, in qua tum ſcilicet relationi locus non eſt, vbi inter partes quis iurare debet, conuenit quod ſecus, ſi ſimplices delationis vbicunque factos terminos conſideramus, ad quem caſum pertinet *l. 38. h. t.* quam male Dd. plerique cum gloſſ. referunt ad iuramentum iudiciale, recte autem ſe habet opinio relata à *Salicet. in d. l. 17. in princip.* quod ibi agatur de caſu, quo ex conuentione præcedente iuramentum fuit ſuſceptum. Jlla differentia vera eſt, quod illud etiam deferri poteſt ſeruo aut a ſeruo, de quo caſu in *l. 20. 25* & alijs textibus tractatur, & inde neceſſitas iſta diſtinguendi, quod ſeruus nec in iudicio, nec in iure verſari poteſt. Neque illa iuramenti ſpecies, quæ in iure defertur, iudiciali annumerari poteſt, vtpote ex quo actio ſpecialis nulla naſcitur, vnde vel maxime diſtinctio iuramentorum deſumenda eſt.

LIT. E.

Agitur hic de appellationibus trium ſpecierum iuramenti, eorumque deſcriptione. Et vulgata quidem Dd. ſententia, quam Treut. ſequitur, non videtur bene confirmari exemplo contractuum, qui conſenſu vel ſolo vel non ſolo conſtare dicuntur: quoniam quæ inter hæc duo membra vera appoſitio eſt, hic deſideratur. Et ſi quidem a cauſa efficiente, aut eo, a quo nominatio petitur, iuramentum quod a iudice defertur, iudiciale fuerit. Et nec neceſſitas præſtationis, quæ omnibus ſpeciebus ineſt, non vni ſpeciei recte tribuitur. & tum cum ſpecies inter ſe eadem ratione debeant opponi, & voluntarium & iudiciale, hoc commune habent, vt neceſſitatem abſolutam non habeant. Proinde rectius forte duæ initio ſpecies fuerint ſtatuendæ, altera quæ neceſſitatem habeat præſtationi, altera, quæ non habeat: & hæc ſpecies ſubdiuidenda, quod vel plane recuſari poſſit, vel ſub conditione referendi. aut ita a cauſa efficiente ſumetur diſtinctio, quod vel deferatur a iudice, vel à parte, & hoc rurſus, vel in iudicio, vel extra iudicium. Eodemque res redibit ſi dicamus præſtari aut deferri, vel ante litem conteſtatam vel poſt. Illud omne à parte, ſiue in iure ſiue extra ius, hoc vel à parte vel à iudice.

THESIS VII.

LIT. A.

Quidam natura.]Illud de infante pertinet ad locum communem, de eius inhabilitate ad omnia, quod nec loqui nec conſentire poſſit: quæ fere etiam furioſi ratio eſt. Sed pupillus eo non videtur recte referri, cum vtique hoc poſſit, tutore authore *l. 17. § primo hoc titul.* Quin imo ſine tutore delatum exceptionem de facto parit *d. §. 1.* forte quia iuramentum facti eſt ſicut pactum *arg. l. 27. § 2. d. pact.* quod maxime obtinebit in pupillo pubertati proximo. Illud facile admittam etiam iuris gent. rationi conuenire, vt ne delatio iuramenti à pupillo facta rata habeatur. Cæterum verbo pupill. impropriè vtitur Tr. ſiquidem etiam infans ſuæ poteſtatis, ſpecies eſt pupilli.

LIT. D.

Prodigus L. prohiberi recte dicitur, quatenus lex opponitur naturæ: cæterum proxima cauſa prohibitionis eſt interdictum magiſtratus, de quo actum ſupra *diſp. 6. th. 5. lit. D.* In limitatione ſubiecta, *niſi tutoris aut curatoris autoritas interuenerit*, nihil Tr. hoc etiam ad pupillum referre voluit, ſuperflua eſt vox, *tutoris*, quoniā prodigalitas in pubertatem ætatem vix cadit, & ſi cadere poſſet, non quia prodigus, ſed quia pupillus habebet tutorem. Deinde illud in dubium venit, an prodigus autore curatore, iuramentum deferre poſſit, an non totum hoc à curatore, ſicut in caſu furioſi, fieri debeat, vt in hac re deterior ſit, quam pupilli cōditio prodigi, de quo ſimul & furioſo prædicatur *in l. 40. d. reg. iur.* quod vtriuſque nulla ſit voluntas: niſi forte hæc comparatio ſecundum quid accipienda eſt, cum interdictio illa non poſſit tollere iudicium,

quo minus conſenſu curatoris omnia peragere poſſit. vt qui etiam hæreditatem recte adit *l. 5 de acquir. hered.*

2 *Sed an ſine curatoris.*] Affirmat Tr, quod minor ſine curatoris autoritate iuramentum deferre poſſit. Sed dubium ibi mouet, quod in iuramenti delatione eſt quædam remiſſio, & quaſi tranſactio & liberatio debitoris: vt adeo licet minorem ſine curatore obligari cõcedamus, (de quo ſupra *diſp. 6 th. 5*) ad quod adducitur *l. 101. de V. O.* (cæterienim textus citati nihil ad rem faciunt) inde tamen ad iuramenti delationem inferri non poſſit, quod ea ſit pars quædam adminiſtrationis. quod docet & res ipſa & ratio ICti *in l. 17 §. 1. h. t.* vbi ex eo negat pupillo ius deferendi iuramenti, quod pupillus non habeat adminiſtrationem bonorum. Admiſſa tamen ſententia illa, quod minor ſine curatore obligetur, intereſſe poſsit. an minor deferat iuramentum tanquam creditor, an tanquam debitor: illo caſu ineſt in delatione quædam remiſsio, hoc caſu inducitur noua quædem obligatio. Etſi igitur minorem ſine curatore obligari dicimus, etiam ex eiuſmodi delatione, contra quam tamẽ in integrum reſtitui poterit, nõ abſurde minorem obligari dicemus: nimirum ex cauſa iuramenti voluntarij, quod ex conuentione valet *l. 17. in princ. l. 23. h. t.* nam iudiciale quod ſententia ſequitur, qui legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habet, deferre non poſſe videtur. Et de hoc caſu delari iuramenti poteſt accipi *l 9. §. ſi minor. 4 h. tit.* quamuis Dd. eum locum de minore non habente curatorem, vel autoritate curatoris deferente accipiant, quos refert & ſequitur *Zaſ. in d. l 9. §. 4. num. 13* vbi ait. ſi minor curatorem non habeat eum eſſe ipſo iure tutum: quem locum non recte videtur accepiſſe Tr. ita allegans Zaſ. quaſi negaret minori læſo reſtitutionem. quam tamen ſcil. in caſu vbi dilatio iure facta eſt omnimodo concedit *d loc. num 4. & 5.*

Soluere minor poteſt.] Adducit hoc pro ratione ad aſſertionem præcedentem & ita colligit: ſoluere minor poteſt, ergo & iurare. Vbi quidem plane ſtatum quæſtionis inuertit, & duo hæc, an minor iuramentum deferre, & an delatum præſtare poſsit, confundit. Qui iuramentum defert, non ſoluit, ſed qui iuramentum delatum præſtat, pro ſoluente habetur *l. 27. h. t.* & quin minor iurare poſsit, nulla dubitatio eſt, cum etiam pupillus poſsit *l. 26. in princip. h. tit.* ſed de delatione iuramenti, quam minori non permittimus: quia illic quidem meliorem, hic vero deteriorem, conditionem ſuam facit. Sed & porro de illa collectione amplius diſpiciamus a ſolutione ad iuramentum, cuius quidem fundamentum in exponi ex textibus citatis à *Treutl in l 17. 28 § 1 & l. 10 h t* apparet, quod iuramentum ſit loco ſolutionis. Verum diuerſa ratio ſolutionis veræ & fictæ, ſiue eius quę loco ſolutionis cedit, cuius generis eſt iuramẽti præſtitio & acceptilatio, quibus modis minor & pupillus ſoluere poſsit, nullaque plane illatio eſt, à ſolutione ficta ad veram, quæ fit per numerationem, qua cum rei ſoluta fiat alienatio, eo modo ſoluere nequit, qui adminiſtrationem non habet. Expendimus igitur tres propoſitiones, qui iurare poteſt. ſoluere poteſt. Hæc vera eſt in ſolutione ficta, cæteroquin perſpicue falſa 2 qui ſoluere poteſt, iurare poteſt Hæc connexio in ſolutione vera certiſsima eſt, ſed in ficta inducit ſubiecti & prædicati identitatẽ. 3. qui ſoluere poteſt iuramẽtum deferre poteſt. Hæc in ſolutione vera admittitur, in ſolutione ficta, propoſitio falſa eſt. Iam conſtituamus aſſumptionem Minor ſoluere poteſt Hæc in ſolutione ficta admittitur, in vera, falſam eam eſſe ſtatuo, quia ſoluere eſt alienare, quod minor facere nequit. Neque obſtat citatus a Tr. titulus C. ſi adverſ ſolut quia *l. 1* agit de ſolutione, quæ finita tutela à tutore curatori facta eſt & *l. 2* de minore, qui autoritate curatoris ſoluit, recte accipitur, quia principalis quæſtio legis eſt, an non obſtante errore iuris, ſit locus repetitioni.

LIT. E.

Vt ſeruus in re domini iuret, ſpeciali mandato opus eſſe ait. Vbi mandati verbo aliquanto impropriè vtitur, quia mandatum denotat cõtractum, ſeruis autem imperatur arg. totius tit. quod iuſſu Sed illud magis notadignum. quod mandato domini opus eſſe ait ad hoc, vt iuret ſeruus, cum tamen certiſsimis ſit, quod etiam citra iuſſum melior conditio domini per ſeruum fieri poſsit, eoque ſeruus iurare queat citra vllũ mandatum domini, non debere dominum, vel ipſi aliquid deberi ſicut etiam ſine mandato de non petendo paciſci poteſt *l 16. §. vlt et in l ſeqq. de pact.* Verum ad deferendum iuſſu domini opus eſt, *de quo caſu eſt citat l. 7 C. h. t* Hæc autem in tractatione ſpeciali de voluntario iuramento, quia iudiciale ſeruus præſtare non poteſt, erant proponenda Sequitur ſtatim apud Treutl. *Quod ſi iurauerit dominum dare non oportere, excepto*

prio domino dabitur. Quæ non bona ſatis oppoſitio, tum quia aut maxime ſine mandato iurauerit, exceptio domino datur: tū quia ſub præcedenti iurate in re domini, continetur, iurare, dominum dare non oportere. Ideoque rectius hic legitur, initio huius lit. E. *in re domini ut deferat iuramentum, &c.* quamuis & ita mancum ſit, quod de exceptione danda proponitur, ſiquidem etiam ſi iurauit domino dari oportere, actio acquiritur domino *l. 4. h. t.* Sequitur tandem hac lit. *quod ſi iurante horum aliquo, &c.* Vti potius debuiſſet numero ſingulari, cum in theſi de ſeruo proponatur: & in verbo, *cuſtodiri*, tautologia eſt, quia exceptione data, ſuis caſibus iuramentum cuſtoditum. Dixiſſet rectius, idem eſſe in aliis, quibus ex delatione iurantibus cum aliàs inhabiles eſſent, ex æquitate conuentionis ſuccurritur. De ſeruo plura dicemus infr. p. 2. diſp. 29. th. 5. lit. D. an ſeruus nouare poſſit.

Illud quoque dubium eſſe poteſt, quod ſeruum ſub perſonas iure ciuili prohibitas refert: quoniam cum ſeruitus ex iure gentium ſit, & ex hoc iure ſit eius vitæ & necis, in ſeruos deſcēdat. §. 1. *Inſtitut d.* patria poteſt, conſequens eſt, quod ſeruus ex ratione iuris gentil. nihil proprii habeat, eoque nec iuramentum deferre poſſit.

Lit. F.

Proponit hic de filiofamil. quod non poſſit deferre ſine mandato, vel bona Caſtrenſia, aut quaſi non habens: Atqui non ideo quod filiusfam. bona caſtrenſia vel quaſi habet, ſed quia cauſa bona illa concernit, iuramenti delatio valet: ideoque ſimpliciter, dicendum erat filiumfam. non niſi ex mandato in cauſa patris *l. 7. C. h. t.* vel in cauſa propria, ſuper bonis, in quibus plenum ius habet, iuramentum deferre poſſe: licet etiam filiusfam qua talis, ex omnibus cauſis obligetur & conueniatur *l. 39. d. O. & A.*

Lit. H.

Poſt varias propoſitas perſonas, ſubiicit hac lit. idem eſſe in ſimilibus, idque duobus exemplis illuſtrat. 1. ſi quis in fraudem creditorum detulerit. Quod exemplum incommodum eſt, quia hic non eſt virium perſonæ, ſed cauſæ. licet non plane nulliter iuramentum hic delatum eſſe, docet ipſa *l. 9. §. 5. h. t.* quod ſcil. replicatione opus eſt. Vbi autem furioſus infans, prodigus, ſeruus, &c. iuramentum detulerint, nec exceptio quidem obſtabit. 2. ſi quis exceptionem pecuniæ numeratæ opponere nequeat. Et hoc quoque non eſt a qualitate perſonæ, ſed potius debiti, quod poſt lapſum biennii præſumptione iuris debitor pro conuicto eſt: qua ratione quiuis debitor confeſſus a . . . . inſtrumentis ſue conuictus, pro exemplo proponi potuiſſet.

Item procurator.] De poſterioribus duobus caſibus, in rem ſuam vel mandati ſpecialis res eſt expedita: de priori, procuratore omnium bonorum, repetimus notata ad diſp. 7. th. 2. lit. C. an procurator talis tranſigere poſſit.

Liquide iurare.] id eſt, citra ſcrupulum conſcientiæ.

THESIS VIII.

Lit. A.

Semel ſuſceptum non refertur.] Prius erat vt traderet, quid iuris eſſet iuramento tantum delato: quoniam hoc ex ſe perſpicuum eſt, ſemel iuramento ſuſcepto, aut iurandum aut ſoluendum eſſe: etiam in iuramento iudiciali, & proinde male a Tr. ad voluntarium accommodatus tanquam ſpeciale.

Lit. B.

Nec periurio detecto retractatur.] Et hoc quoq; iudiciali iuramento commune eſt. Eſt autem exceptio *in l. vlt. C. h. t.* vt ibid. notat Accurſiusque hanc rationem reddit, quod ſicut tranſigi non poſſit niſi inſpectis teſtamenti verbis, ita nec iurari *arg. l. 2. h. t.* quod probat ibid. Cyn. licet Salic. ſpeciale eſſe putet in cauſa vltimarum voluntatum, quæ circumueniri non debent. Dixerim autem falſitatem iuramenti non niſi per teſtamentum recte probari *arg. l. 31. infr. h. t.* ne alias conſtitutio correctoria extendatur: licet Salic. etiam teſtes admittat *poſt gl. ib. d. in d. l. vlt. C. h. t.* quam tamen ibid Cyn. ad teſtamentum nūcupatiuum reſtringit. Et hæc ſcilic exceptio videtur ſignificari *in l. 1. C. eod* ibi *niſi nominatim lege excipiatur*: quæ verba *Hottom. ibid. & Cuiac. 18. obſ. 35.* a Tribon reſpiciente ad *d. l. vlt.* adiecta eſſe non abſurde coniiciunt, rectius quam Donell, qui loco citato & 24. comm. 9. *in d. l. 1. legem* accipit de conuentione. Etenim licet non ſemel in iure noſtro, conuentiones dicantur legem dare contractibus, verbum tamen *legis*, ſimpliciter poſitum & in dubio ſanctionem ſignificat. Neque veroſimile eſt delatione iuramenti hanc conuentionem de arguendo periurio adiectam fuiſſe: quin: an ea effectum arguendi periurii inducere potuerit, merito dubitari poſſit, ſiquidem deciſionem iuramento factam fauorabiliter ius publicum defendit, & iuramento præſtito tantum quæri an iuratum ſit, & religioni ſtari debere decidit *l. 5. §. 2. h. t. l. 21. & 22. de dol. mal.*

Sed

Digitized by Google

Sed an in peierantem.] Nimis ſimpliciter negare videtur, quod in peierantem per Deum vlla pœna iure ciuili ſit conſtituta: *l. pen. C. de dignit. & l 41. C. de tranſact.* neque enim ſatis facit *quod Cyn. Bart. & Sal. in l.2. C. h.t* eum textum ad iuramenta de præterito & litis deciſoria reſtringunt, quippe quod inter hæc ſufficiens ratio differentiæ non appareat: facit *l.22 d. dol.* vbi dicitur ſufficere periurii pœnam: quod difficile eſt reſtringere ad periurium per genium principis cui ictus fuſtium irrogatur, *l 13 §. vlt. h. t.* licet alias genium principis periurio violantes, acrius punitos fuiſſe, quam qui per Deum peieraſſent probari ſoleat ex Tertulliano & Octauio in Minutio quos citat Gothofred *ad l.2 C. h. t.* in quam ſententiam locus eſt geminus apud Tacitum 1. annal. vbi accuſato quodam, quod nomen Auguſti periurio violaſſet, reſcripſit Tiberius, perinde habendum ac ſi Iouem fefelliſſet, Deorum iniurias Diis curæ eſſe: non abſimiliter ac pater Gedeonis in libr. Iudicum, ſi Baal Deus ſit, ipſum iniurias ſuas vindicare debere reſpondet, prout de Chriſtianis ſcribit Forcat. in Cupid. cap.18. quoſdam periurio Chriſtum lædere malle, quam Antonium. Eaque videtur ſententia, *d. l.2. C. h. t.* ex qua non obſcure probatur intereſſe, an per Deum, an per genium principis peieratum fuerit: cuius diuerſitatis rationem hanc à quibuſdam allatam memini, quod genius principis habitus fuit inter Deos minorum gentium, (quomodo Plautus alibi iocatur) qui in vindicandis iniuriis ſuis, vt minus potentes magiſtratuum ope indigerent. Sed ſc. Principes Romani dignitatis ſuæ ſatagentes, omnibuſque modis autoritatem & maieſtatem ſuam in tuto collocare cupientes, hoc ita conſtituiſſe videntur. Illa ridicula ratio eſt, quæ proponitur a *Cyn. & Salicet. in d. l.2 C. h. t* quod alias periurium per genium principis maneret impunitum, cum nominis ſui violationem ipſe vindicet Deus, iuxta illud, Mihi vindictam, & ego retribuam: à qua ſententia non videtur alienus ipſe *Iuſtin in Nou.82. cap 11.* vbi ait, eum qui facit contra iuramentum, à Domino Deo pœnas expectare. Enim verò etiam quæuis in proximum commiſſa peccata vindicat Deus, vt tamen non tollatur officium magiſtratus, cuius eſt etiam delicta recta & primario in Deum commiſſa vlciſci, quæ eiuſmodi eſt blaſphemia, cui pœnam capitis irrogat Iuſtin. *in authent vt ne luxur. cont. nat.* & eiuſdem exd. Nou. 82. ad caſum periurii non detecti commode refertur. Et ſane illa quæ de pœna periurii Deo relinquenda dicta ſunt, Chriſtianis inſtitutis ſunt indigna: & ſi *l. 2. C h. tit.* alium nullum ſenſum admitterer, ad gentiles, à quibus perfecta eſt, releganda eſſet. Explicanda autem, quidquid etiam eius autor ſenſerit, ita eſt, vt intelligamus, periurium nulla certa Lege, nulloque ordinario iudicio vindicari: quod ipſum innuere videtur Treutl. dum periurio certam iure ciuili pœnam impoſitam eſſe negat. Cæterum quo minus pro qualitate circumſtantiarum periurii conuicti extra ordinem & ex officio a Chriſtianis magiſtratibus puniti fuerint, & puniri debeant, dubitandum non eſt: velut *ex l.13. Codic. de teſtibus* reſtituta à Cuiacio falſus teſtis de periurio conuenitur. Neque Ethnicos hoc impunitum habuiſſe credibile, ſiquidem teſte Cicerone 3. Officiorum nullum vinculum iuriſiurandi religione fortius maiores eſſe voluerunt: eamque curam pontificum vel cenſorum fuiſſe, probabile eſt, iuxta notata *Reuard. 2. varior. 3.* qua de re vide etiam *Briſſon. lib 8. de formul. popul. Roman. pag. mihi 707. Berrenon 2. animadu. 8. VVurmſ. lib. 1. tit. 18. obſ. 17. Mynſ. 3. obſ. 3.*

LIT. C.

Reuocari tamen poteſt.] Connectere hoc videtur cum lit. A. qua dixit, iuramentum ſuſceptũ non referri. Sunt autem iſta plane diuerſa & in diuerſis ſubiectis: refertur ab eo, cui delatum eſt, reuocatur ab eo, qui detulit. Cæterum iis connexis ſequetur inde, quod ſuſceptum iuramentum reuocari poſſit. Quod in voluntario iuramento, de quo hic agitur, vereor vt defendi poſſit, poſtquã ei qui illud ſuſcepit, ius eſt quæſitum, per modum conuentionis, *arg. l 17. in prin. h. tit.* vt altero inuito reuocationi non ſit locus. *argum. l ſicut. Cod d. O. & A.* Cæteroquin de reuocatione illa *in cit l. 3. h. t.* nullum verbum & in *l. 11 C. eod.* de iuramẽto iudiciali tractatur, quod totus ille contextus & ipſa l. verba oſtendunt ex quibus & hoc non obſcure colligitur, etiam ſuſceptum iudiciale iuramentum reuocari poſſe: quia vt paulo poſt dicetur, eſt quaſi irregulare, & admittitur in defectum probationis, quam ſi alia ratione implere velit & poſſit actor. merito audiendus eſt. Ex quo exiſtimo, in hoc iuramento iudiciali, poſtquam lite conteſtata partes ad iudicem miſſi ſunt, non obtinere regulam *l. 38. h. t.* & actorem probare volentem, iuramentum à reo delatum ſubire non cogi. Et ergo hoc reuocandi iure potius ſub iudiciali iuramento proponendum erat.

Sequi-

Digitized by Google

Sequitur apud Treutl. in exegeſi per modum limitationis, *intellige, ſi intra tempus delatum fuit:* ex quo conſequi videtur, 1. ſi ſuſceptum ſit ante elapſum tempus, reuocari adhuc durante tempore poſſe. Quod vix puto, & per prædicta. & quod tempus fauori eius, cui delatum eſt, adiectum videtur. 2. ſi citra definitionem temporis delatum ſit, deliberante v.c. adhuc reo, reuocari non poſſe. Cuius itidem contrarium verius eſt: quoniam res adhuc eſt in integro: adeoque verum eſt, contra quam apud Treutl ſequitur, etiam ſimpliciter delatum reuocari poſſe: illa autem ſequens, alia quæſtio eſt, quæ cum priori nihil habet commune, de remiſſione iuramenti. Quod ſi iſti oppoſitioni aliquid tribuendum eſt; *Intra tempus delatum reuocari poteſt, ſimpliciter delatum remitti poteſt*: ſequetur aliud, & illud tertio falſum, iuramentum intra certum tempus delatum, remitti non poſſe. Hæc autem oppoſitio recte ſe habet. Vbi reuocatur iuramentum, nihil prodeſt v.c. reo, delatum fuiſſe, prodeſt autem, vbi remittitur, id eſt, vbi parato iurare, vel etiam adhuc deliberanti, iuramenti fit gratia, ſcil. præſtandi: quoniam aliud eſt gratiam facere iuramenti iam præſtiti, id eſt, vt facere ne cogaris quod iuraſti, qui caſus eſt *l. vlt. municip.*

LIT. D.

Ab actore præſtitum Verbum *actoris* ſuperfluum eſt, quia reo conſtat actionem dari non poſſe: ſed & largius vtitur voce *actoris*, cum de iuramento tractat voluntario, quod extra iudicium præſtatur. Illud autem videndum, quod ait actionem hanc quæ ex iuramento naſci dicitur, nouam eſſe: pro quo facit, quod iuramentum dicitur habere vim nouandi *l. 26. §. vlt. h. t.* & actor per iuramentum actionem ſibi acquirere dicitur *l. 9. §. 1 h. tit.* in factum ad ſimilitudinem actioni iudicati *l. 8. C. h. tit.* & vtilem *in l. 11. infr. l. 13. § 1 l. 29. h. t.* quia ad inſtar actionis iudicati à prætore introducta eſt & qua non quæritur an debeatur, ſed tantum an iuratum ſit *d. l. 9 §. 1. §. ite ſi quis 11. Inſt. de action.* Et male *d. l. actori 8. C. h. t.* accepta eſt ab Accurſ. quem male probat Salic. ibid. quaſi intelligatur ipſa actio iudicati: & longe rectius ex ſententia Iacob. de Rauen. *Cyn. in d. l. 8. n 4.* debet, inquit, intelligi ad ſimilitudinem iudicati, id eſt, ſicut actio iudicati oritur ex ſententia, ſic actio in factum oritur ex iuramento: quoniam is contra quem iudicatum eſt, habetur pro iudicato: ex quo res iudicata & iureiurando deciſa conferuntur *in l. 56. de re iud.*

Verum huic ſententiæ de noua actione obiicitur *l. 1. §. 1. & ſeq h t* vbi probatur actioni ex præſtito contractu locum eſſe Ad quod expediendum diſtinguunt *Dd. gloſſ. Cyn. Bart Sal in d. l. 8. Zaſ in d. l. 13. § 1. h. t.* an iuratum ſit formiter adiecta cauſa, an informiter. Quæ ſententia inde refutatur, quod ex ratione iuris noſtri, nulla petitio vel actio informis eſſe poteſt etiamſi ſit realis, vtcunque in hac titulus non exprimatur; quam obiectionem *Zaſ. d. loc.* expedire nequit, & alias veroſimile non eſt, in caſu rariſſimo eam actionem introductam. Nec longe hinc abeſt ſententia Duar. qui *in cap. 11. h. t.* putat ex iuramento agi in factum, vbi actio nullam propriã appellationem, propriumque titulum habuit, ſecus ſi cauſa certa ſit, ex qua iuratum eſt. Alii vtriuſque actionis concurſum admittunt, quæ etiam Dd. per notata *Cyn. & Salic. in d. l. 8* eo caſu quo formiter iuratur, ſententia eſt Alii diſtinguunt inter iuramentum voluntarium & iudiciale: vt ex illo actio priſtina, ex hoc actio in factum detur: quæ ſententia probatur *Vulteo lib. 1. diſcept ſcholaſt. cap 7. Cuiac. in recitat. ad d. l. 8, & Hottom ibid.* Sed aduerſatur quod iuramentum iudiciale ſequitur ſententia *l. 35. §. 9. h. t* ideoque locus eſt actioni iudicati vt recte docet *Donell hic c. 10, & probat Treutl th ſeq. in fin.* Poſſit quidem dici, directam actionem iudicati competere vbi ſententia ex veris probationibus lata eſt, vbi autem iureiurando præſtito per irregularem probationem & fictitiam actor obtinuit, ad vtilem iudicati actionem in factũ recurrendum Verum diuerſa probandi ratio, variare actionem non poteſt, cum ad actionem iudicati ſufficiat ſententiam à iudice latam eſſe: & alias etiam in caſu neceſſarii ſiue ſuppletorii iuramenti actioni iudicati locus futurus non eſſet. Et vero præter actionem iſtam in caſu neceſſitatis introduxit, neque dubium mihi eſt, edictum prætoris, ad quod hic titulus pertinet ad illud iuramentum referendum eſſe, quod extra iudicium præſtatur, cum nulla ſequente ſententia in finibus iuramenti ſubſiſtitur, & iuramentores deciditur, vt eſt *in d. l. 56. de re iudic.* de quo procul dubio accipienda etiam *l 8. C h. t. & §. 11. Inſt. de act.* vbi dicitur tantum quæri an iuratum ſit: & facit *l 26. §. vlt h. t.* vbi iuramentum quod dicitur habere vim nouandi ex conuentione & habere inſtar iudicij procul dubio iuramentum eſt extraiudiciale. Videri poſſit intereſſe, an poſt iuramentum præſtitum factum vel contractus ſuper quo iuratum eſt, negatur, an qui contra-

ctum

ctum fatetur, ei nõ ſatisfaciat, nec eum impleat: vt nempe factum illud per actionem ex iuramēto probetur, ad eius autem impletionem per actionem ex illo ipſo facto prouenientem perueniatur: v. c. intereſt, an aliquo rem venditam eſſe negante, venditionem factam eſſe iuretur, an contractum fatente, & pecuniam ſibi ſolutã non eſſe, vel rem ſe tradidiſſe contendente, alter ſe numeraſſe iuret, vt altero caſu actio vtilis ex contractu, altero actio in factum competat. Neque obſtabit quod iuramentum nouationis loco eſſe dicitur: vel quia vera hæc nouatio non eſt, vel quia vbi iuratur ſuper obligationem quam aduerſarius negat, ea non nouata, quam probata intelligitur, quod ſecus eſt ſi ex contractu quem alter fatetur, quis ſibi deberi iurauerit. Verum ille ſcrupulus ſupereſt, quod nihil impediat, quominus *d.l.13.§.2 & 3.* de hoc quoque caſu accipiatur, & qui emptorem pretium ſibi debere iurauit, vtili actione contractus experiatur. Ideoque dicam hanc actionem quæ ex iuramento dari & in factum dicitur, nõ tam eſſe plane nouam, quam noua qualitate imbutam: ita vt non ſecus ac actio noxalis, de peculio, in rem verſo, ita iſta in factum actio accommodetur omnibus cauſis, ex quibus iuratur, adeoque illa vtilis ex empto actio, de qua *in d.l. 13.h.tit.* ſit actio in factum prætoria. Itaque nouatio hic fieri intelligenda eſt, non ratione totius actionis, ſed nouæ qualitatis & adiectionis, quod non amplius cauſa debendi, ſed hoc tantũ, an iuratum ſit, examinatur. Et ad hanc opinionē poteſt aliquo modo accommodari ſentētia Donelli hic c. 8. dum ait, poſt præſtitum iuramentum eſſe vere ex eo actionem, ſed quæ tamē nominetenus ex empto, pignoratitia appelletur, quia ex his & ſuper his cauſis præcedentibus iuratum fuit. Secundum quæ non obſtabit *l. 25. §. 1. de conſt pec.* quæ commode de hac vtili actione explicatur iuxta gl Br. Salicet. & alios, qui ibi formiter iuratum fuiſſe notant: licet verior eius loci ſenſus hic ſit, illud ſuper quo iuratum eſt, cũ iure exigi poſſit, recte in conſtitutum deduci, vt Vult. diſc ſchol. c. 7. Ex quibus apparet, non recte ſimpliciter actionem nouam appellari poſſe, quinimò fortius dicendum eſt, iuramentum præſtitum non impedire, quominus actio priſtina ex contractu ſine qualitate iſta, quam diximus, intentari poſſit, per text. *in l. cum qui. in pr. h. t.* vbi, non induci veram nouationem per iuramentum notat *Br. n. 5 poſt gl. in l qui iuraſſ. infr. eod.* ſed quia ſtultus fuerit, qui neceſſitate probandi ſe aſtringat, fit, vt fere tantum iſtius actionis in factum mentio fiat, vtilitas autem in hoc eſt, ſi actio priſtina ſit maioris efficaciæ, & pinguior vtiliorque quam actio noua ex iuramento, vt in ſpecie *d.l. cum qui 30. in princip.* vbi actio principalis competit in duplum.

Ex quibus conſequitur, actionem iſtam à Tr. non recte ſimpliciter in perſonam dici: quoniam ſi tantum actionis qualitas eſt, vbi ſuper actione in rem iuratum eſt in rem actio appellari poterit, nimirum vtilis, ſicut in ſpecie *l. 13. §. 2. & 3. h. t.* actio ex contractu vtilis appellatur: idque probatur *ex l. 9. § vlt. l. 10 l 11, §. 1. & 3. l. 13. in pr. h. tit* eoque pertinet *l. 7 § ſi petenti de publ. action.* vbi ei qui iurauit, publiciana datur, male enim Vulteius cap. 7. diſceptat. ſchol. ita eum locum accipit quaſi actio in factum detur ad tradendam poſſeſſionem, qua amiſſa demum competat Publiciana.

Datur & in ſucceſſores iurantis.] Oportet hic eſſe errorem Typographi, (quia contra iurantem hæc actio dari non poteſt.) & legendum, *vel ſucceſſoribus iurantis*, vel, *in ſucceſſores eius, contra quem iuratum eſt.*

Et perpetua eſt.] Si recte diſputauimus, hanc reuera non nouam actionem, ſed aliarum actionum eſſe qualitatem & adiectionem, ſententia iſta defendi non poterit: quod iſta adiectio nec principali actione fortior eſſe, nec ex temporali poterit efficere perpetuam. Ita verbi cauſa ſi iuratum fuerit ſuper actione redhibitoria, vel quanti minoris, actio hæc ex iuramento, perinde vt ipſæ actiones principales, temporalis futura eſt.

LIT. E.

Hæc verba ſub hac lit. in th. habentur. *A reo præſtitum non quidem actori actionem denegari, ſed exceptionem reo competere facit* Quæ verba non obſcure efficiunt, eadem eſſe, *actionem denegari, & ipſo iure non competere.* Enim verò, licet phraſis hæc, *denegari actionem*, generalius ita accipi poſſit, remoueri aliquem plane à limine iudicii, cui nulla actio competat, attamen in vſu iuris actio ipſo iure competens æquitatis intuitu denegari dicitur ſicut ita in procuratorem rei, qui ſe non obtulit, actionem iudicari denegat prætor, quæ in ipſum ſummo & mero iure tanquam dominum litis effectum competit *l. 4. de re iud.* Atque hinc eſt, quod in noſtra ſpecie, contra quam Tr. loquitur, regulariter actio denegetur *l. 9 in pr. h. t.* quæ tamen ipſo iure ſublata non eſt *§. æque 4. Inſtit. de except.* Et datur adiecta exceptione, ſi

Digitized by Google

dubitetur, an iuratum ſit, *d.l.9.in pr.h.t.* quod ipſe in exegeſi ait Tr. ſibi quodammodo contrarius, dum in th. tradit non denegari exceptionem, ſed cum exceptione iuriſiurandi concedi.

Succeſſoribus tam in rem quam in perſonam.] Paulo obſcurius hoc dici videtur, pro eo, *in ſucceſſores particulares & vniuerſales*, qui haud ſcio, an in vſu iuris ſucceſſores in perſonam dicantur. Cæterum affine hic eſt iuramentum pacto, ex quo datur exceptio omnibus, quibus dari intereſt paciſcentis, qui videlicet regreſſum aliquem vel actionem contra paciſcentem haberent. In hoc autem maior eſt vis iuramenti, quod pactum fideiuſſoris reo non prodeſt, ſed iuramentum prodeſt, quoniam eſt loco ſolutionis, *l.28. §.1.h.t.*

THESIS IX.

Lit. A.

Proponit hic cauſas, ex quibus iuramentum iudiciale recuſari poſſit. Hæ vero propriæ non ſunt, ſed etiam communes voluntario: veluti tertia de iuramento quod lædat pietatem: itemque & prima ex facto deferentis, eiuſque duæ ſpecies, altera *ex l.34.§.4.h.t.* ſi deferens non iuret de calumnia: altera *ex l.11.C.h.t.* Si iuramentum fuerit reuocatum: licet ſane inconcinne dicatur, iuſtam cauſam eſſe recuſandi, ſi alter iuramentum reuocauerit: niſi forte Treut. hoc intelligit, ſi poſt reuocatum iuramentum iterum quis illud deferre velit qui ſcil. non auditur *d.l.11.C.h.t.*

Non etiam ea] Ratio dubitandi eſt, quia turpi perſonæ facile peieraturæ ſine periculo iuramentum referri non poteſt. Ratio decidendi eſt, quod ſufficit iure referri poſſe, & quod vt referre liceat, ſemper neceſſarium non eſt velut in caſu *L. Marcellus §.11.vltim.* rerum amot. vbi quæritur de facto quod deferens liquido ſcire non poteſt: ex quo *Bart.in l.iuſiurandum 34.§ ait prætor 6.* in genere ſcribit, ex Petro, quod in turpibus cauſis & delictis, vbi deferens veritatem ignorat, alter autem ſcit, iuramentum referri nequeat: quem locum male accepit Treu. dum Bart. hic pro diſſ. citat. quaſi ille ex cauſa iuramentum recuſari poſſe ſtatuat: quod deferens ſit turpis perſona.

Vel ex facto eius cui defertur.] Hoc ita explicat, ſi ab hoc iuramentum referatur. Parùm verò concinnè dici videtur, relationem iuriſiurandi eſſe iuſtam recuſandi cauſam; maximè ſi attendatur oppoſitio, quam ipſe Treutl. facit, facti deferentis, & eius cui defertur: illo caſu ita recuſari dicitur, vt propter factum deferentis non cogatur præſtare is cui defertur: quæ ſi recta eſſet oppoſitio, deberet hoc caſu ita recuſari poſſe, vt propter factum eius cui defertur non cogeretur præſtare is qui detulit.

Vel ex re ipſa.] Veluti ſi deferatur vt per ſacra prohibita vt loquuntur *Dd in l.2.C.h.t.* Eodemque pertinet qualitas cauſæ, ſi quis iuſtam ignorantiam prætendere poſſit: referenda eſt quæſtio propoſita à *Treutl hac lit. verſ item is qui*, an ex eo recuſari poſsit iuramentum, quod propter ignorantiam quæ eſt in deferente, nequeat referri: quod quidem recte negatur ex ante citat. *l.Marcellus.11.§.vlt.rerum amot.* modo cauſa talis ſit ſuper qua iuramentum recte deferri poſſit.

Lit. B.

Suſcipiendum eſt.] Hoc quoque non ex iudiciali tantum, ſed etiam in voluntario obtinet per *l.34.§ 6 & l.38.h.t.* ea præſertim ſpecie, quæ in iure apud prætorem defertur.

Reuocatio autem.] Putarim contra Tr. reuocationem iuramenti etiam fieri poſſe intra tempus, quo iurari debuit: maxime ſi verum eſt, quod theſ. præced. lit. C. ſcribit Treut. iuramentum ſimpliciter delatum non reuocari: hoc enim poſito nunquam reuocaretur iuramentum, quoniam vbi intra tempus delatum eſt, non reuocatio, ſed ipſe temporis lapſus facultatem iurandi adimit. Et vero ſi iuramentum iudiciale etiam ſuſceptum, antequam re ipſa præſtitum eſt, reuocari poteſt, ſi actor probare velit, quod docet *l.11.Cod.h.tit.* multo magis poterit intra tempus reuocari. Illud obiter noto quod Treutl. hac th. & præced. ad probanda diuerſa prædicata circa ſuſceptionem vel reuocationem, &c de diuerſis ſubiectis & ſpeciebus eoſdem textus iuris male adducit. Enimverò generalia & communia præmittenda, ſpecialia & propria ſub quaque ſpecie ſeorſum tractanda & proponenda erant.

Lit. C.

Licet nihil probatum ſit.] Exiſtimat Tr. iuramentum iudiciale poſt lit. conteſt. ab actore etiamſi nihil probauerit, deferri poſſe. Quod rationi iuris noſtri vix conuenire videtur: vt videlicet, qui omiſſa delatione iuriſiurandi extraiudiciali, petita à prætore, & accepta formula, *ſi paret reum dare oportere*, ad iudicem iuit, quaſi mutata ſententia, & deſultoria leuitate reum ad iuriſiurandum præſtandum adigere poſſit, cum ipſe nihil præſtiterit. Et dubitari omnino li-

ceat.

Digitized by Google

ceat, an eiuſmodi iuramento ex ratione iuris antiqui locus ſit, ſiquidem qui iuramentum defert, non probat, & actore non probante, reus abſolui debet: & cum licuerit ante ceptum iudicium apud prætorem iuramentum deferre, permittendum non videtur, vt qui facultate illa neglecta, formula accepta, ad iudicem iuit tanquam cauſæ ſuæ confidens & intentionem ſuā probaturus, mutato conſilio ad delationem iuramenti confugiat, & reo quaſi neceſſitatem probandi imponat. Huc facit, quod edictum prætoris ad iuramentum illud, quod ante litem conteſtatam delatum eſt, pertinet: tum introductis à prætore, quia actione & exceptione in caſu iudicialis iuramenti, quod ſententia ſequitur, opus non eſt: tum quia iudicatum eſſe, iuratum eſſe, confeſſionem in iure factam eſſe, ita conferuntur, vt hæc quoque duo poſteriora nullam ſententiam deſiderare, conſequatur per *l. 56. de re iudic. iūcta l. 4 de iur. patron. Facit l. 35. in fin. hoc tit. & l. 28. §. 2. de iudic.* vbi dicitur, legatum qui non cogitur Romæ iudicium accipere, neque ibi iurare cogi. Et hæc ſententia confirmatur autoritate Dd. quos citat *Fachin. 1. controverſ.* 10. qui ſtatuunt, actorem, qui ſemel probandi onus in ſe ſuſcepit, & hunc modum obtinendi in iudicio elegit, iuramenti amplius deferendi facultatem non habere: etenim ex ratione iuris veteris, quicunque accepta à prætore formula ad iudicem pedaneum ibat, neceſſitate probandi ſe adſtringebat. Ex quo efficitur, ex vera ratione iuris noſtri, vnam eſſe ſpeciem iuriſiurandi mere deciſorii, quod a parte parti extra iudicium defertur, quæ ſententia confirmatur ex *l. 31. h. tit.* quæ duas tantum ſpecies iuramenti agnoſcit, alterum, quod inopia probationum in cauſis dubiis defert iudex, alterum per quod quaſi per modum tranſactionis cauſa inter partes deciditur, quæ verba de illo iuramento, quod in iudicio coram iudice pedaneo præſtatur, nullo modo accipi poſſunt. Sed obiicitur huic ſententiæ. 1 textus *in l. 1. h. tit.* Reſpond. verba illa, *autoritate iudicis*, ad iuramentum, quod neceſſarium Dd. appellant, referri poſſe: vel potius, quod ibi denotentur duæ ſpecies iuramenti voluntarii, quorum alterum ex conuentione ſuſcipitur, alterum in iure defertur ad prætorem, qui non ſemel appellatione iudicis ſignificatur. 2 textus *l. 9. § 2. h. tit.* Reſpond. eius §. hunc eſſe ſenſum, quod ſententia contra iuramentum antea præſtitum, & forte non allegatum aut probatum, lata, valeat, & famoſum faciat damnatum: qui vnus eſt intellectus notatus à gloſſ. ibid. qui inde firmatur, quod non facile in famoſis actionibus ex delicto actori defertur iuramentum, cum nec reus ſibi delatum referre poſſit *argum. l. 11. in fin. ver. amot. Bartol. in l. 34. §. aut prætor h. tit.* 3 magis obſtat *l. 34. § vltim. h. tit.* quæ agit de officio iudicis: vbi res in iuſiurandum demiſſa eſt, expreſſeque condemnationis & abſolutionis mentionem facit. Dici fortaſſe poteſt, quod textus ille ad eum caſum referri debeat, vbi re apud prætorem aliquantum dubia iudex ſub hac formula datus eſt, ſi reus non iurauerit vel retulerit, condemnat: Niſi forte manum illi loco admouit Tribonian. quod probabile facit §. præcedens, cuius poſtrema verba, *ſi quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuſmodi iuriſiurandi terminetur*, à Triboniano eſſe, nullus dubito. Et poſtquam ſublato more dandi iudices ipſi magiſtratus cognoſcere cœperunt, confuſio eorum, quæ in iure & in iudicio fiebant, conſequuta & introducta eſt, & inde fortaſſis receptum, vt etiam poſt lit. cont. iuramentum recte deferretur, quod olim tantum in iure apud prætorem permiſſum fuiſſe videtur.

Imo etiamſi reo offeratur, Sententia hæc eſt, quod etiamſi actor probare intentionem ſuam cœperit, adhuc tamen deferendi iuramentum habeat facultatem. Hoc autem idem eſt cum eo, quod propoſitum fuit liter. A. verſ. huc referantur, vtcunque teſtes produxerit actor, iuramentum tamen delatum reo recuſari non poſſe: ſiquidem hic intelligendus eſt caſus probationis nondum impletæ, quod aliàs in dolo eſſet, qui reo quem probationibus conuincere poſſet, deferret iuramētum. Facit pro hac Treu. ſententia, quod aliàs vbi ipſi magiſtratus iudicant, parum aut nihil differret iuramentum iudiciale ab extraiudiciali: tum etiam quod ex communi omnium ſententia approbatio iudicis in hoc iuramento iudiciali deſideratur. Neque impugnat, ſed magis confirmat hanc ſententiam *l. 11. Codic. hoc titul.* à contrario ſenſu: quoniam ſi eo demum caſu, quo delato ſemel iuramento & reuocato actor probare aggreſſus eſt, vlterior delatio inhibetur, ergo etiam poſt ſuſceptas probationes prima delatio admittetur.

De Iure Saxonico. Ait iure Saxonic. hac diſputatione opus non eſſe, quod eo iure actor indiſtincte ſe releuare poſſit ab onere probandi, ſi ante

ſi ante lit conteſt. narrata libelli reo in conſciẽtiam defert Arquin vtique opus erit, ſi hoc non facto lis conteſtat. & iu cauſa proceſſum ſit: ne que enim negat Treut. etiam iure Saxon poſt litem conteſtat. hoc iuramentum deferri poſſe. Et adeo cum hac in re differentiam iuris Saxon. & ciuilis ſtaruat, eo ipſo exiſtimare videtur, ex ratione iuris ciuilis ante litem conteſtatam iuramentum deferri non poſſe. Quod ex præc. dd. iam confutatum eſt & cũ ipſi magiſtratus hodie iudicent, obſeruatio illa iuris Saxonic iuri noſtro ciuili optime conuenit: & his conſequenter etiam iure Sax. diſputationi huic locus erit.

LIT D.

Affirmat hic, quod actori plene probare volenti iuramentum hoc deferri non poſſit. Dubium facit æqualitatis ratio, quod ſi actori facultas datur, iuramentum deferendi, etiamſi nihil probauerit, etiam videtur reo concedendum, vt iuramentum deferat, vtcunque actor plane probare velit: quamuis agnoſcam rationem differentiæ, quod cum iuramẽtum finiendis litibus ſit introductum *l.1. hoc tit.* & propter defectum aut difficultatem probationum receptum, actori quidem delatio neceſſaria eſt, vbi aliter probare nequit, nulla autem ſuadet neceſſitas hoc admittere, vbi probationes ſunt in promptu. cum etiam multi in cauſa iuſta iurare grauentur. *l. 8. in princip. de condict Inſtitut.* Ex hac autem ratione prius illud, quod actor ſimpliciter, etiamſi nihil præſtiterit, iuramentum deferre poſſit, ita limitabimus, ſi reus actoris intentionem negauerit: quod ſi autem exceptione ſe defendat, eamque probare paratus ſit, eadem ratione, cum in exceptione actor ſit, neceſſitate præſtandi iuramenti eum abſoluemus. Pertinent autem hæc ad iuramentum iudiciale, vbi lite conteſtata quaſi facultas probandi partibus aperta eſt: ſecus ſtatuam in eo, quod defertur ante lit conteſt. & ex ratione iuris antiqui in iure apud prætorem. in quo ſcilicet obtinet regula *l 38 h.tit.* in eoque videntur lapſi Doctores citati & probati à *Maſcard. vol 2. concluſ 957. nu.5* ſimpliciter locum facientes delationi iuramenti, etiamſi pars probationem implere, parata ſit.

LIT. E.

Sententiam ſequi debere] Ex ratione iuris antiqui, certiſſima hæc ſentẽtia eſt, quod pedaneus iudex non niſi dicta ſententia officio ſuo defungi poterat Cæterum poſtquam ipſi magiſtratus iudicãt, nõ adeo abſurda videri poſſit VVeſembec. ſententia, vt poſt iuramentum præſtitum magiſtratus cauſam habeat pro deciſa, proinde vt obtinebat iure veteri, poſtquam in iure apud prætorem iuramentum præſtitum erat.

Ob noua inſtrumenta retractari non debet.] Quia non licet quæri de periurio & aut ſequitur ſententia, & huius autoritas obſtat: de quo dicemus infra part. 2 diſp 32 theſ 5. lit D aut non ſequitur, & defenditur iure tranſactionis cuiuſdam *arg l.31 hoc tit.*

An vero actio.] Sententia hæc, quod non ex iuramento iudiciali, ſed ex voluntario naſcatur actio illa prætoria in factum iam ſupra probata eſt, eandemque probat *Cynus in l 8. Codic h. titul.* & olim fuit Placentin. teſte Saliceт. ibid qui tamen contrariam opinionem vt communem, & confirmat his rationibus 1. *ex l. 9. §. fin & l. ſi poſſeſſori. verſ proinde h tit.* quod ſcilicet ibi mentio facta petitionis arguat litem fuiſſe conteſtatam 2. quod in hoc iuramento perinde ac in voluntario intelligatur quaſi contrahi. 3 quod deferens videatur ſe fateri deteriorem aduerſario ſi iuret ſic eſſe. 4 Ex generalitate *l non erit § dato. h.t.* Quæ rationes nullo negotio remouentur. Et prima quod verbum petẽdi ſit latius, & haud dubie eum caſum comprehendat, quo res in iure apud prætorem tractatur. Secunda quod iuramentum deferatur autoritate iudicis, neque adeo contractus vllo modo dici poſſit: neq; voluntarium iuramentum ſine autoritate prætoris habile eſſet producere actionem; ſicut nec quaſi ille contractus, qui dicitur fieri per litis conteſtationem actionem ex ſe producit, ſed interueniente ſententia, quæ cum in hoc noſtro caſu ſequatur, actio iudicati competit. In tertia nec verum eſt, quod de cõfeſſione proponitur, & retorquetur argumentum, quod in caſu confeſſionis iudicialis poſt litem conteſtatam, quam ſententia ſequitur actioni propriæ de cõfeſſis non eſt locus, ſed tantum factæ in iure apud prætorem *argument. l 6 de re iudic* de quo dictum aliquid *diſputation. 4. theſ* Denique generalitas adducta nihil ad rem facit, quia ſupra probatum eſt, quod edictum prætoris tantum de iuramento extraiudiciali loquatur Plane ſi iuxta VVeſembecii ſententiam cuius paulo ante facta mentio eſt obtinere poſſis, ſententiam hodie neceſſariam non eſſe, quam quorundam diſtinctionem *in d. l 8. h. tit* refert alicer facile actioni in factum prætoriæ locum hic dandum eſſe, admittam.

THESIS X.

LIT. A.

Quod index non cogitur interponere.] Incipit hic tractare de iuramento neceſſario, quod negat iudicem cogi, *interponere*, pro *deferre* Et facit pro Treutl *l.31. h. tit.* ibi *ſolent iudices, &c.* & ſi ex ſententia Duaren. & Donel. diſputes, ex ratione iuris in caſu ſemiplenæ probationis, nec deferendum quidem fuerit hoc iuramentum, ſed reus abſoluendus. Verum poſita communi Dd ſententia, qui cauſas dubias, de quibus *in l 9. Cod. h. tit. & in l. 31. eod* hoc ſenſu explicant, verius fortaſſis videatur, quod iudex neceſſe habeat hoc iuramentum deferre tum *ex l. 3. Cod. hoc tit.* ibi, *oportet*, tum quod hoc neceſſitatis eſt, quod officii ratio imponit iudici: ſiquidem alia ratione: (neque enim hic admittimus iuramentum ſibi non liquere) niſi mediante hoc iuramento cauſam decidere non poſſit. Et hæc opinio recepta videtur à Dd. vt ſcilicet niſi deferat iudex, actor etiam appellare poſſit, per notata *Sichard ad rubric. Codic de probatio. num 7. idque ita tradit Cyn. in d l 3. n. 7. & magis probat ibid. Salicetus nu. 5. Br. in l. admonend. h tit. nu. 59. & Iaſon in lect 1. in dict. l. admonen. col 7 verſ. quarto nota.* ait, quod verbum, *ſolent*, in hac L. ſit neceſſitas.

Sed qua hic dicenda cauſa dubia.] Principalis iſta huius loci quæſtio eſt: & Duaren. quidem & Donell. citati, eoſque ſequutus *Anton Fab decad. 19 error.* 1. cauſas dubias eſſe cenſent, vbi vtrimque æquales ſunt probationes, & contra iuramentum illud ſuppletorium, quod Dd. cōmuniſſime admittunt, ita diſputant, quod cum actore non probante reus abſolui debeat, non dicatur probare, qui ſemiplene probauit *argum. l. 15 qui ſat. dar cog l vlt. Cod de probat l iur. iur. Cod. de teſtibus.* Quinimo ſemiplena probatio cōtradictionem habere videtur in adiecto: & probatio ſignificat legitimam. *argum l. 4. 12. Cod de probat.* & actor intentionem ſuam implere debet *l. 1. Cod. de probat l 9 C. de obligat l. vltim Cod. de rei vind* quo pertinet *l 9 Cod de teſtib. l. 20. D de quæſtion.* vnde probatur vnius teſtimonium pro nullo habendum eſſe, ſiquidem cum vnum teſtem produxiſſet reus à quæſtionibus incipiendum eſſe negatur. Sed Dd medium eſſe docent, inter plene probare & nihil probare. Et ſane ſententia Duareni vſum huius iuramenti nimis reſtringit, contra textum *in l 31 in fin. h* ibi *ſolent iudices* cum rariſſime eueniat, vt vtrinque pares ſint probationes, Et facile euitabimus obiectiones Duaren. ſi dicamus, arbitrio iudicis committendum eſſe, quænam ſit ſemiplena probatio: ſicut enim non temere paſſim hoc iuramentum deferendum eſt, ita abſurdum fuerit facultatem iſtam plane iudici negare, cuius animum multa mouere poſſunt, vt etiam extra caſum plenę probationis in alterutrā partem inclinet, vt citra præſtationem iuramenti nec abſoluere iure poſſit nec condemnare. Neque de alia iuramenti ſpecie accipere poſſis Iuſtin. *in l 12. C h tit.* quod ipſum fatetur *Antonius Fab. decad. 19. error* 2. & probatur ex eo, quod Iuſtin. ibi diſputat de intercidente probatione propter interpoſitam appellationem, quod de ipſa per iuramentum probatione accipiendum videtur: Et vt maxime hoc iuramentum rationi iuris antiqui non conueniret, ſed conſuetudine & vſu tempore Iuſtin. receptum fuiſſet, vt citato loco diſputat Fab. ſatis tamen hoc eſſet ad adſtruendam huius iuramenti autoritatem. Cauſæ ſane nihil eſt, quamobrem ad tempora Iuſtin. hoc iuſiurandum referri: aut cum *Fabr. d. l. 31. hoc tit.* Triboniano adſcribi debeat, cum præſertim etiam *in l. 1. h. tit & in l. 3. C. eod.* iuriſiurandi à iudice delati ſit mentio Neque enim mihi hic conuenit cum *Fabr qui d l. 3.* ad iuramentum refert, quod pars parti in iudicio detulit: quippe quod iuxta ſupra tradita, ſi rationem iuris antiqui ſpectamus, irregulare plane habendum eſt, & longe magis rationi illi iuris conuenit, vt per iudicem quam vt per partem lite conteſtata iuramentum deferatur Et ſuauiter ſane *Anton. Fab. d. error.* 1 ſententiam illā confirmat inde, quod non niſi deficientibus probationibus iudiciale iuramentum deferatur citata ad hoc *l tutor 35. hoc tit* quippe cum hæc lex de iuramento extraiudiciali loquatur, & inſuper de tutore, qui non niſi in defectum aliarū probationum iuramenti deferendi ius habet. Porro de ſpeciebus ſemiplenæ probationis tractant Dd. *in d l. 31. hoc tit. vbi pleniſſime Iaſon. & in l. 3. Cod. eodem vbi prolixe Salicet.* & in ea ſpecie omnes conueniunt, quæ ſit per vnum teſtem omni exceptione maiorem: ſiquidem vt *Odofred. & Cyn in d l 3.* ſcribunt, duo teſtes plenam probationem faciunt. Quæ ratio inepta videri poſſit, quod ita per quatuor teſtes ſemiplene probaretur teſtimoniū niſi ſaluetur per notata *Salicet in d l. n. 16.* vbi docet ſpeciale eſſe, quando ad ſolemnitatem actus plures teſtes deſiderantur, quorum vno deficiente actus ſit nullus, eoque ad iuramenti delationem peruenıri non poſſit.

Locum habet in cauſis appellationum.] Nullam hic video rationem dubitandi.

In matrimonialibus tum.]Videtur hic non eſſe locus huic iuramēto, quod ex receptiſſima Doctorum ſententia in cauſis arduis non defertur, cuiuſmodi eſt cauſa matrimonialis, per notata à *Gail 2.obſeruat 94.in princip.* ex quo etiamſi ſemiplene probatum ſit, in iuramentum hoc deferendum non eſſe, ſcribit *Caſtrenſ. in l 3.in princip.h tit numer.11.* niſi, vt ibid.addit, magnæ ſunt præſumptiones pro iuraturo: Et quidem vt deferatur pro matrimonio non contra, vt notat *Caſtrenſ.ibid.& Gail.cit.obſeruat 94.* Licet enim ſint, qui iurari quidem etiam contra matrimonium exiſtiment poſſe, ita tamen, vt ſicut ſententia contra matrimonium lata non tranſeat in rem iudicatam, ita iuramentum non præiudicet, quo minus cauſa retractari poſſit *Cyn in l.3. Cod. hoc tit num 5.gloſſ.& Salicet in l.3.§.quacunque h.tit num.6.* attamen tutius videtur, vt plane iuramentum non deferatur, ne de periurio diſputare ſit neceſſe: Ex quo remouetur ratio *Cyn. ex l.vltim.Cod. de tranſaction.* ex qua ſuper cauſa ſtatus etiam contra libertatem tranſigi poteſt: Cæteroquin *in d l.3 §.2. hoc tit.* non contra, ſed pro libertate iuratur.

Quo caſu voluntarium.]Ratio ab omnibus redditur, quia videtur hic de nouo contrahi matrimonium: ſicut ex aduerſo, quare contra matrimonium deferri non poſſit, quia legitime contractum matrimonium priuata partium conuentione diſſolui non poteſt.

Non vero in criminalibus.]Varie hic diſtinguunt Doctores: *Odofredus, Cynus, Salicet. & alii in l 3. Codic.hoc titul.* Et vt generalius hoc tractetur à parte, an à iudice deferri poſſit, quæritur: & de illo rurſus an ab actore, an à reo. Ab illo non poteſt, quia cum verſetur intereſſe Reipublicæ deferendo iuramentum temittere illud actor non poteſt, & vt addit *Salicet. in d l 3.* ita fieret vt actor impune deſiſteret, & eluderetur SCtum Turpillia, cui accedit, quod reus præſumitur peieraturus. A reo deferri poſſe, exiſtimant *Cynus in d.l 3.numer.2. Bart. in l maritus. 20. de quaſtionib.* quoniam reus etiam confiteri poſſit. Sed rectius Guilielmi ſententiam contrariam probat *Salicetus in d l.3.nu.2* quoniam hæc confeſſio tantum eſt ficta, & præſumitur actor itidem peieraturus, ne incidat in pœnam calumniæ, & talionis, & iuramentum vim habet probationis, quæ in criminalibus perſpicua & certa requiritur *l.3.C.de probation.* & alias confeſſio ficta plus operaretur quam vera, cum poſt iuramentum nihil amplius quæratur, ſed contra propriam confeſſionem reus venire poſſit. A iudice non poſſe deferri iuramentum ſuppletoriū, (nam iuramenti purgationis alia ratio eſt) omnes concludunt, tum quia hæ cauſæ grauiſſimæ ſunt, tum quia probationes certiſſimæ requirātur Plane ſi ex cauſa delicti ciuiliter agatur, locus erit & huic & aliis iuramenti ſpeciebus, quæ veriſſima fuit Iac. de Rauenna diſtinctio, relata *à Cyn. in d.l.3.*

Intellige cum ad publicam vindictam.] Vitioſa hæc limitatio eſt: quoniam in omnibus criminalibus cauſis vindicta publica ſpectatur: aut ſi iudicia publica intelligit, falſa efficietur ſententia, quod in priuatis extraordinariis criminibus iuramentum deferri poſſit.

Neque deferri poteſt in eo caſu.] Negat hoc caſu deferri poſſe vbi æquales ſunt probationes, contra & Dd. ſententiæ, qui hoc caſu iuramento huic locum non denegant, & rationi aduerſatur, vbi ſc. probationes non ſunt plenæ. Neque enim, quoniam probationes actoris dubium faciunt iudicis animum, protinus abſoluendus erit reus quod male ex *l.125.de reg.iur.& l.38. de re iudic.* probare conatur Tr., quarum illa generaliſſima de fauore rei, hæc non de probationibus, ſed ſententiis æqualibus loquitur. Non obſtat etiam, quod res non videatur habere exitum: vel quia in dubio potius iuramentum deferri debet reo, vel quia eo reſpectu æquales probationes eſſe poſſunt, quod v.c. vtrinque vnus teſtis productus eſt, vt nihil tamen impediat, iudicem in alteram partem magis inclinare: quin & alio modo probationes dici poſſunt æquales, ſi cum imbecillioribus motus iudicis propter honeſtatem perſonæ, vel alias circumſtantias concurrat, cum aliàs etiam iudicis ſit æſtimare quantum probatum ſit *l.3.§.2 de teſtib. Sichard.ad Rubric.C. d probation.* & eſt in hanc rem illuſtre exemplum apud *Gellium lib. 14. c. 2.* quibus ad denot.inf.p.2.diſ.4.th 8.

Lit. B.

Etiam non petitum.] Vera hæc ſententia eſt, quia iudicis eſt exigere probationes vlteriores: poteſt autem peti vel indefinite vel expreſſe, vt ſibi deferatur, quod recte docet *Salicet. inſ lib. 3.C.h.titul.*

Lit. C.

Etiam poſt concluſionem.] Nimirum poteſt ad hoc iuramentum ſe offerre reus, poteſt etiam iudex

Digitized by Google

iudex vltro deferre. Hoc proculdubio etiam poſt concluſionem in cauſa, reſciſſa ea ex officio fieri poteſt. *Gail. obſeru.* 108 *nu* 5. illud magis eſt fieri non poſſe, cum ſit ſupplementũ, adeo pars vel ſpecies probationis. De quo ſcilicet caſu loquuntur citati pro diſſ. *Bart Marant.* & *Mynſing. Gail* 1. *obſeru.* 108. *n.* 1. vbi hanc opinionem communem & receptam teſtatur, quos ſequor contra *Tr.* & *Salic.* à *Tr. citatum in l.* 3. *C. hoc tit num.* 9. vbi defendit, quod etiam à parte poſt concluſionem in cauſa iuramentum iſtud iure peti poſſit.

Defertur autem modo actori.] Etiam reo hoc iuramentum recte deferri Dd. admittunt *Odofred. in l.* 3. *C. h. t. Cyn ibid n.* 9. *Salicet.* 24 *Bart. in l.* 31. *h. t. n.* 57 *Fachin.* 1. *contron* 18. vbi videlicet, vel probationum æqualitas vel perſonæ qualitas hoc ſuadet, de quo prolixe Salicet. lo. cit. idque eſſe videtur, quod ait Tr. deferri reo, cum pares ſint probationes: in quo tamen ſibi contradicere videtur lit. A. in F. vbi negat huic iuramento locum, cum ab vtraque parte æque probatum eſt. Quod autem ſequitur apud Tr. & *reus aliquid præſtiterit*. vel pro explicatione præcedentis accipiendum, vel pro, &, legendum eſt, *aut:* quoniam licet pares probationes non ſint, ex cauſa tamen reo deferri poteſt: cum multi ex priſcis Dd. quos refert *Salicet. d l.* 3. *C. h. t. num.* 24 etiam reo qui nihil probauit, iuramentum ſe non debere, à iudice deferri voluerint: vt proinde hoc iuramentum non recte ſimpliciter ſuppletoriũ appelletur. Illa quoque apud Tr. non bona oppoſitio eſt: *defertur actori ſi ſemiplene probauerit, reo autem ſi pares ſint probationes.* vel quia etiam ſemiplenæ probationes pares eſſe poſſunt, vel quia etiam reus exceptionem ſuam ſemiplene probare poteſt: quo caſu proculdubio ipſi, vtcunque pares probationes non ſint, iuramẽtum hoc deferetur. Quinimo ex ſententia *Cyn. in l.* 3. *C h. tit. n.* 10 & *Salicet. ibid. nu.* 26. etiamſi actor plene probauerit, nihilominus tamen reo, qui exceptionem ſuam probauit ſemiplene iuramentum hoc deferendum eſt: vt proinde male tanquam pro regula ponatur, deferri reo, vbi pares ſint probationes.

Lit. D.

Nec referri nec remitti poteſt.] Poſterius ſiquidem eſt: ſed prius dubium redditur ex conſtitu: *l. Iuſtin. in leg generaliter* 12. *Codic. h. tit.* vbi expreſſe ſtatuitur, ſiue à partibus iudice approbâte, ſiue ab ipſo iudice fuerit iuramentum illatum, illud aut præſtandum aut referendum eſſe, vix enim ac ne vix quidem quod ibi de relatione dicitur, ad iuramentum à parte delatum reſtringere, & ita membra diſtinguere poſſis, vt prædicta illa duo *præſtare referri*, non ad vtrumque iuramentum, ſed ad alterutrum referantur. Vix etiam tentare poſſis totum illum locum nõ de neceſſario, ſed de iudiciali iuramento accipiendum eſſe, & de eo caſu, cum iudex quaſi arbiter iuramenti præſtandi autor eſt, non autem præciſe iurandi neceſſitatem imponit. Videri poſſis intereſſe an iudex deferat iuramentũ ad ſupplendas probationes alterius, an vero in caſu æqualium probationum, vt hoc demum caſu relationis quædam ſpecies locum habeat, & parti in alteram partem iuramentum reiiciendi ſit facultas. Cæteroquin ex ratione iuris illi qui detulit, referri iuramentum dicitur, & videatur aliàs hoc iniquum, quod qui non detulit, relatum ſibi recuſare non poſſit, neque facultatem referendi habeat, cum ipſe delationis non fuerit autor.

Lit. E.

Proponitur hic ſpeciale huic iuramento, vt propter noua inſtrumẽta reperta retractari atque, ita retractata ſimul ſententia iudicis periurium argui poſſit: quia ſententia non ex veris ſed fictis probationibus ex iuramento, quod citra voluntatem & conſenſum partis alterius interuenit, lata eſt. Negat autem Tr. an retractetur citra reſtitutionem in integrum: ſed male pro ſe citat Iaſonem, qui lectura prima *in d. l. admonend col.* 4. *in princ.* communem quidem eam ſententiam affirmat, ſed ipſe diſerte contrarium probat, duplici ratione, 1. quod aliàs nihil hic eſſet ſpeciale, cum quæuis ſententia propter inſtrumenta iuſtâ ignorata & poſtea reperta beneficio reſtitutionis in integrum retractari poſſit, de quo alibi agemus. 2. quod in hac ſpecie ſententia lata ſit ex probationibus priuilegiaris & fictis: vnde rationem differentiæ petit *ad leg. diuus* 33. *d. re iud.* & *l.* 1. *Codic. ſi ex falſis inſtrum.* vbi putat, reſtitutione eſſe opus, quod probationes per teſtes & inſtrumenta, licet in indiuiduo falſæ, per ſe tamen veræ ſint probationes: quamuis verba *d l.* 33 *in integrum reſtitue*, non neceſſario inferant ſpeciali illo beneficio reſtitutionis opus eſſe, ſed explicationem commodam recipiant *ex l.* 1. *ſit ex falſis inſtr.* vbi dicitur ex integro cauſa audiri: ita vt v. c. abſoluto reo priſtina actione liceat experiri, & exceptio rei iudicatæ replicatione falſarum proba-

Digitized by Google

probationum elidatur. Et hæc ipſa tamen reſtitutionis quædam ſpecies videri poſſit quoniam ipſo iure ſententiam firmam eſſe dubitandum, non puto, iuxta notata ſupra diſp.7.th.ult lit.C. Cæteroquin iniuriam videtur facere Cuiacio, quem allegat pro diſſ' qui 8.obſerv.35. hoc tantum dicit, ſuper rettactatione ſententiæ non opus eſſe adito principe, ſicut opus ſit, eo adito ex cauſa retractandi iuramenti voluntarii & iudicialis. quod ſane veriſſime dicitur.

An autem à ſententia.] Quærit hic Tr. an à ſententia iudicis iuramento cauſam decidentis liceat appellare. Vbi abuſiue loquitur, quia cauſam non decidit iuramentum, ſed ſentẽtia, quæ fertur ſecundum iurantem. Cæterum illud vitioſum eſt, quod cum tota hac th. agat de iuramento neceſſario, & hac ipſa quoque litera, hæc tamen quæſtio ad iſtud iuramentum nullo modo pertinet, (quod ex allegatis apparet, & ratio ſuadet, ſiquidem à ſententia quæ ſequitur iuramentum neceſſarium proculdubio appellare licet) ſed ad iudiciale, quod pars parti in iudicio defert. Sed & hic nimis generaliter formata quæſtio eſt: quia illud quidem conſtat, eum appellare non poſſe, qui iuramentum detulit, ſed de eo, qui retulit, ſolo quæſtio formanda erat. Et cum in dubio ſemper appellatio licita ſit, hac in re ſententia Cyn. affirmatiua contra Tr. defendi poteſt: quia deferre quidem volũtatis, ſed referre neceſſitatis eſt: & licet potuiſſet non referre, & ita condemnatus appellare, ea tamen ſpecies quædam contumaciæ eſt, & vtiq; principium iurandi ab ipſo non proceſſit: Licet pro Treutl. moueat, quod iuxta ſupra tradita, præciſa hic neceſſitas non eſt, ſed quam ſuſcipiendo onus probationis liceat euitare: vbi tamen replicari poteſt, quod v c. reus nec in ſe ſuſcipere probandi onus tenetur, & raro facultatem probandi habet.

LIT. F.

Ait hac lit. quod ad hæc iuramẽta præſtãda euocatus ipſe comparere debeat. Vbi primo nõ ſatis liquet, quænam iuramenta intelligat, an etiam iuramentum calumniæ vel veritatis dicẽdæ, &c. an tantum iuramenta deciſoria. Deinde ambigua propoſitio eſt, an ipſe, quem res concernit neceſſario hæc præſtare in perſona debeat, an in caſu ſpeciali ex cauſa hoc facere teneatur: ex quibus falſum eſt, quia etiã iuramentum à procuratore præſtitũ principali prodeſt, hoc admitti poteſt, citra tamẽ præciſam neceſſitatem, quam Tr. requirere videtur euocationis, cum etiam extra locum iudicii, & vbi quis degit iuramentũ præſtare poſſit *l 12. § 4. C h tit.* Niſi fortaſſis hoc ipſum ſignificare voluit Tr limitatione ſeq. *niſi neceſſitate prohibeatur* de qua tamen explicatione dubitare poteſt, vel quia *in d l. 12. §. 4.* arbitrio iudicis hoc permittitur citra aliquã mentionẽ neceſſitatis, vel quia alias eſſet tautologia, & idẽ diceretur quod in limitatione ſequenti, *vel veniendi neceſſitas iure remittatur:* quæ ſcil. verba eo pertinent arg citat *l 3. §. ult de teſtib* vt vel euocetur aliquis, vel in loco domicilij iuret. Cæteroquin illa limitatio, *niſi neceſſitate impediatur,* hunc ſenſum habere videtur, vt in caſu neceſſitatis per aliũ iurati poſſit: quod vix admiſerim, cũ ita inferatur iniqua cõditio deferenti, ſiquidem multum intereſt, quæ perſona iuret. *arg. d l. 12. in pr. C h. tit.* Sed magis videtur illa limitatio præpoſtero loco poſita ſit, & pertineat ad lit. ſeq qua dicitur, non comparentẽ incidere in pœnã, atq. citat *l. 2. ſi quis caut.* licet reuera vix hic ſubſit ratio differentiæ, quia incidit in pœnam non iurantis qui iuramẽtum ſuſcipere vel referre detrectat, quod de neceſſitate impedito dici non poteſt: in quo alia ratio eſt eius, qui certo die ſe ſtiturum promiſit, & qui ipſo quidem iure in pœnam incidit, ſed defenditur exceptione iuxta *d. l. 2. ſi quis caution.*

LIT. G.

Ait hic non comparentem incidere in pœnã. Rectius dixiſſet, *iurare recuſantem.* Accipiẽdum autem hoc eſt de iudiciali iuramento, de quo *in l. 12. C. h. t* voluntarii ſiue extraiudicialis diuerſa ratio eſt, licet de hoc etiam textus à Tr. citati loquantur, ad quod hactenus ſaltem accommodari poteſt hæc pœna, ſi pars præſens ſit, non etiam, de quo tamen caſu ſit, tractatur, ſi abſens ſit, & quidem ad illam ſpeciem, quæ in iure apud prætorem defertur: quo etiam tantum pertinere poteſt, quod hic traditur de actionis denegatione, ſiquidem poſt litem conteſtatam nõ actio denegari, ſed reus abſolui dicitur, quomodo ex aduerſo, quod de abſolutione proponitur, tantum pertinet ad iudiciale. quia ex cauſa extraiudicialis ſpecialis actio & exceptio acquiritur: & hæc adeo non confuſim, ſed diſtinctim proponenda, & ſingula ſingulis ſpeciebus applicanda erant. Quod idem vitium notari poteſt in eo, quod ſequitur, reum competentibus remediis ad ſoluendum compelli debere: quoniam in iudiciali iuramento prius eſt, vt reus condemnetur *l. 34. §. 9. h. tit.* in extraiudiciali autem reus pro confeſſo habetur, & recta

à præ-

Digitized by Google

à prætore ſolui cogitur *d. l. 34. §. ſexto hoc tit.* Sequitur ſtatim apud Treutl. *ſed ſi iudex datus non facit, & lite conteſtata iudicium apud eum poſtulabitur.* Vbi alia quæſtio mouetur, quis abſoluere aut condemnare, aut quod proxime præcedit, ad ſoluendum cogere debeat. Quoniam autem omnino abſurde dicitur, lite conteſtata apud iudicem datum, iudicium poſtulari, ideo legẽdum erit, pro, *iudicium, iuramentum.* Eſt alioquin idem hic vitium iam notatum: & ſcilicet vt quis recta ſoluere cogatur, in iuramento tantũ extraiudiciali obtinet, adeoque ad iudicem pedaneũ nihil pertinet: cæterum in iudiciali ita ius eſt, vt iudex poſt illud ſententiam ferat, executionem autem ex ratione iuris ciuilis faciat prætor *l. 15. in princip. d. rei iudic.* quem locum citat Tr. adeoque itidem diuerſam quæſtionem immiſcet, & rem totam inuoluit & confundit.

Recuſans in expenſis damnandus eſt.] Vide de hac quæſtione *A. Fab. decad. 19. error. 6. & 7. Setſerum de iuram. lib. 4. c. 11.*

Qui ſi collegio] Simpliciter negat, in cauſa collegii vel vniuerſitatis Syndicum iurare poſſe. Non ſatis bene: quia alio ita deferente proculdubio Syndicus recte iurabit: ſiquidem etiã ex iuramento procuratoris ſerui vel filii, quibus id delatum fuit, aliis actio vel exceptio quæritur, iuxta ſupra tradita.

Secus autem hoc iure] Ait Saxon. liberum eſſe ante litem conteſtatam, ſi probationibus non fidat libellum ita mutare, vt rem totam conſcientiæ aduerſarii committat. At quin hoc minime eſt mutare libellum, & iuri ciuili apprime conuenit, quo apud prætorem in iure recta iuramentum deferri poteſt.

Ita viciſſim reo] Illud hic dubium eſt, quod etiam iuri communi conuenire tradit, vt ſi probationibus vti malit, nec iurare nec referre iuramentum teneatur. Et in iuramento extraiudiciali perſpicue falſum eſt, *per l. 34. §. ſexto. & leg. 38. hoc titul.* cum hic nondum de probando agatur: ad quam tamen ſpeciem magis apta videntur hic à Treutl. tradita ex iure Saxon. cum diſputet de caſu litis nondum conteſtatæ: quoniam cum hodie ipſi magiſtratus iudicent, vix aliunde differentia iuramenti iudicialis & extraiudicialis, eius, quod olim in iure deferebatur, peti poſſe videtur. Plane in iudiciali facile hoc admiſero, quod iuxta ſupra notata extraordinarium magis & irregulare eſſe videtur.

Imo etſi reus.] Vix admittendum puto, quod Treut. hic affirmat, reum cui iuramentum delatum fuit, & qui eo recuſato viam probandi elegit, poſtquam in probationibus defecit ad iuramentum antea delatum regredi poſſe: propter textum *in l. 5. §. vltim. hoc t.* vbi traditur, eum qui non iurauit, neque iuramentum ſuſcepit, ſine noua delatione iurare non poſſe. Niſi forte hoc accipit de iure Saxo. licet apud citatũ Rönig *cap. 66.* ea de re verbum nullum. Nec minus illud mihi ſuſpectum eſt, quod vbi reus etiam viam probandi, elegit actorem ad probandum amplius admitti negat: quippe cum & ratio repugnet æqualitatis, & cum probationis poſt litem demum conteſtatam fiant, iure noſtro ciuili in caſu iudicialis iuramenti delati antequam illud præſtitum eſt, ius reuocandi & ad viam probationis reuertendi integram eſſe actori, docet *l. 11. C. h. t.*

Illud vniuerſaliter verum.] Affirmat in genere, quod facultas iurandi tranſeat in hæredem. Nõ bene, vel quia vnus alio ad iurandum procliuior eſt, vel quia ratione ſcientiæ plurimum inter defunctum intereſt, & hæredem, quod docet *l. 12. in pr. C. h. t.* itaque iniuria fieret deferenti ſi alterius iuramento ſtare cogatur. Et Mynſing. citat. loquitur in terminis, quibus per procuratorem iurari poteſt: in cæteris allegatis error eſt Typographi, quoniam hac de re *in l. vlt. h. tit.* in qua etiam nullus § incipit, hoc iudicium, nihil tradunt Dd *ſed in l. vlt. §. hoc iudicium, ne quis eum qui in ius, &c* vbi tamen nihil eſt, apud Barr. & Caſtrenſ. Bald ſimpliciter poſt gloſſ. ait, quod facultas iurandi, quæ competiit defuncto, tranſeat in hæredes. Sed Iaſ. ibidem plenius hanc rẽ tractat. & aliquot rationibus prærpoſitionem illam impugnat, & tandem reſtringit ad iuramentum, a lege vel iudice delatum, ſi tamẽ hæres, eandem rei notitiam habeat, (& omnino periculoſum eſt, quod de iuramento credulitatis à Treutl. proponitur.) Falſam autem eam propoſitionem affirmat in iuramento delato ab homine, quod hic certæ perſonæ ſpectauerit conſcientiam, quæ non ead ſit in hærede. Illa alia quæſtio eſt, quam etiam attingit Mynſ. an mors ſit loco iuramenti, id eſt, an ſi quis poſt iuramentum delatum & ſuſceptum mortuus ſit, illud pro præſtito habeatur, quæ ex communi Dd ſententia affirmat *Gail. 2. obſeru. 43.* quod ego tamen partim ob malitiam hominum, partim propter mortem ſæpe ex improviſo oblatam, ſimpliciter probare non poſſum.

Digitized by Google

THESIS XI.

LIT. B

Mala eſt oppoſitio in deſcriptione ſpecierum in th. *quanti in litem*, & *quanti res eſt*: ſiquidem has ſpecies duas ſub commune genus iuriſiurandi in litem ipſe refert, & lit. A communem notationem proponit, vt proinde etiam iuramētum quanti res eſt, oporteat eſſe in rem. Quin imo etiam per iuramentum quod affectionis dicitur, iuratur quanti res eſt, licet nō æſtimatione cōmuni, ſed iurantis; & neceſſum eſt quacunq; ſpecie huius iuriſiurandi res æſtimetur, condemnationem fieri, quanti in litem iuratum eſt. Exiſtimo autem appellationes illas *affectionis & veritatis*, quibus docendi cauſa Dd. vtuntur, commode retineri & defendi poſſe, ſiquidem in caſu quo coercetur dolus & cōtumacia rei, quo in infinitum iurari poſſe ICti tradunt, conſtat indulgeri affectioni iurantis. Alterius ſpeciei exemplū ſumitur ex *l. 5. §. vlt. de in lit. iurando.* vbi homo promiſſus poſt moram ante litem conteſtatam interiit. Qua in re ſubtilem agit *A. Fab. 16. coniect. c. 1. & 11. & decad. 17. error. 8.* vbi negat, hoc iuramentum dicendum eſſe veritatis, ſed potius neceſſitatis, ſiquidem hanc rationem eius deferendi ibi reddit ICtus quod iudex aliter rem æſtimare non poſſet. Scilicet conſtat in iudicio ſtricti iuris, vbi de re æſtimanda quæritur, ſpectari tempus litis conteſtatæ. Et ſi igitur homo ex ſtipulatu debitus poſt moram, & ita perpetuatam obligationem ante litem conteſtatam deceſſerit, æſtimatio vera ad tempus litis conteſtatæ, quo homo amplius non exſtitit, à iudice fieri nequit: quæ neceſſitas hoc expreſſit, vt actori iuſiurandum deferretur. Ex quo concludit Faber, nunquam iurari poſſe in litem, quin aliquo modo affectioni iurantis indulgeatur, & proinde ſimpliciter verum non erit, quod Treutler ait, hic æſtimari rem, quanti reuera eſt. Quæ licet ita ſint, attamen oppoſitiue ad alteram ſpeciem, quod affectionis nuncupatur, hoc iuramentum veritatis non abſurde dici poteſt, quoniam huic non dolus vel contumacia rei, ſed ſolus interitus rei debitæ poſt ſimplicem culpam vel moram locum facit, neque actori pro libitu & in infinitum iurare permittitur.

Ius actoris in re petita.] Vt videlicet ſit dominus, qui propter dolum & contumaciam rei, inuitus re ſua careat, & eam quaſi vendere cogitur: ex quo probabilis fit eorum ſententia, qui in actione ex empto in litem iurari negant Duar. *ti. d. in litem iurand. A. Fab. 6. coniect. 17.*

LIT. C.

Quod deferre iudex cogitur.] Repugnat huic aſſertioni textus expreſſus *in l. 4. §. 2. d. in lit. iurand.* ibi, *qui poſſit iuſiurandū nō deferre. & in l. 5. §. 1 eod.* ibi, *licuit enim & à primo nec deferre* Et deceptus videtur Tr. *l. 4. §. 1 eod.* vbi dicitur, quod iudicem hoc iuramētum deferre oporteat: quibus verbis hoc iuramentum opponitur voluntario & extraiudiciali, de quo tit. præced.) & à parte defertur parti) & hoc ſignificatur, ſi rite præſtari debeat, à iudice, non à parte delatum eſſe oportere.

LIT. D.

Ait in Th. quod hoc iuramentum nulli deferri poſſit, niſi qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt: & in exegeſi ſubiicit, modo conſentire poſſit. Quæ limitatio non neceſſaria eſt, quia non poterit non conſentire, qui litem ſuo nomine eſt conteſtatus.

LIT. E.

Vnde nec mater pupilli.] Non ſatis animaduerto, quomodo in ſpecie ad matrem pupilli inferat: neque illud ſatis bene, quod negat admitti matrem iurare paratam: quia prius eſt vt quæratur, an ex ratione iuris deferri poſſit hoc iuramentum, antequam de parato ad iurandum diſputetur. Porro ex duabus ſubiectis limitationibus, poſterior, *ſi tutorem ſuſpectum poſtulauerit*, neceſſario præſuppoſit, quod in iudicio ſuſpecti iurari poſſit in litem. Quod mihi dubium eſt, ſiquidem in accuſatione ſuſpecti de remouendo & puniendo tutore tractatur non de aliquo reſtituendo, quo demum caſu de iuramento in litem diſputari poteſt.

LIT. F.

Tutores tamen.] Conſequens hoc eſt illi, quod iā de matre pupilli tutelā gerente dixerat lit. E.

Sed quid de muliere.] proponit hic quæſtionē, an mulier ex ratione iuris Saxon. per procuratorem ad litem iuramentum delatum vel relatū præſtare poſſit. Vbi omnino abſurde occaſione iuramenti in litem ad tractationem diuerſiſſimam de curatore ad litem delabitur & inſuper, quoniam in hac ſpecie iuramenti nulli relationi locus eſt & iudex hoc tantum defert, præter omnes methodi leges, quæſtionem de iudiciali & voluntario iuramento proponit. Cæterum non difficilis hæc quæſtio videtur, quod ſiquidem pars ipſam mulierem iurare velit, eo quoque modo præſtandum eſt: cæteroquin ipſi curatori delatum, & ab eo ſuſceptum & præſtitum,

Digitized by Google

tum, procul dubio prodeſſet mulieri & ad agendum & ad accipiendum.

Interim non obſtante] Affirmat Tr quod eiuſmodi curator ad litem ſine ſpeciali etiam vxoris mandato iuramentum deferre poſſit. Quam ſententiam falſam eſſe non dubito, cum hic curator tantum detur ad litem, adeoque longe minus iuris habeat, quam alius curator vel tutor, qui niſi deficientibus omnibus aliis probationibus iuramentum deferre non poſſunt: quin imò magis eſt, vt non curator, ſed huius conſenſu minor iuramentum deferre debeat: idque hic quoque ſtatuemus, vt mulier deferat conſenſu curatoris ad litem, cuius actionem rem tendi, quod fit per delationem iuramenti, conceſſu non eſt.

THESIS XII.

LIT. A.

In actione ex empto non recipitur] Attingimus aliquid Theſi præced. Aff. ſententiam, quod etiam in hac actione in litem iuretur, communem eſſe teſtatur *Menoch caſ 207 num. 28* vbi tamen ipſe hoc in medio relinquit. Sed pro negatiua faciunt hæ rationes, primo, quod emptor non eſt dominus, imò agit contra dominum: ex quo differentiæ ratio, inter actionem depoſiti commodati, &c. 2. quia actio empti natura ſua eſt ad intereſſe, quibus caſibus non pars, ſed iudex intereſſe æſtimat, quo pertinet *l. 4. C. d. action. empt. & in l. 3 de in litem iurand.* ex accidenti venit intereſſe. 3. quia in litem iuratur, vbi res æſtimanda eſt, atquin res empta iam ſatis & ab ipſis contrahentibus æſtimata eſt, & poſſit emptor eſſe ſuſpectus, rem æſtimans maioris, quam in contractu æſtimata fuit: quanti autem intereſt, rem traditam non eſſe, ad iudicem æſtimare pertinet. 4. quia iuramento huic tantum locus eſſe videtur, vbi de re, quæ à me ad alium peruenit, agitur reſtituenda.

LIT. E.

In ſtrictis iudiciis non item.] Ratio deſumi poteſt ex præcedentibus, quia in his agit qui dominus non eſt. Quod autem ſubiicit, diſtinctas eſſe arbitrarias actiones à ſtricti iuris actionibus, vt ab hoc loco alieniſſimam hic attingendum non eſt.

Nec excludimus latam culpam.) Pendet hoc ab æquiparatione huius culpæ cum dolo paſſim iure noſtro tradita. Et exiſtimabam quidem aliquando exæquationem iſtam tantum habere locum, vbi de ſimplici præſtatione eius quod intereſt, vel nobis abeſt, tractatur: ſed video latius illam æquiparationem porrigi, & etiam in caſu actionis pœnalis dupli locum habere. *l. 1. § non alias. 2 ſi is qui teſt liber eſſe, &c.*

Iuramentum à defuncto) Error hic typographi eſt, & expuncta particula a legendum eſt, *iuramentum defuncto dum viueret oblatum, ſed non præſtitum, hæredibus deferri opus non eſt.* Quæ verba ſi accipiantur prout iacent, hoc ſignificare videntur, quod facultas iurandi citra nouam delationem tranſeat in hæredes: quod iam ſupra *ad th. 10 inf.* refutatum eſt. Sed ex allegato Gail. hoc Tr. dicere velle apparet, quod iuramentum ſuſceptum, (proinde non recte, delati tantū facit mentionem Tr) ſi mors præueniat præſtationem, pro præſtita habeatur, ita vt ſimpliciter ſecundum hæredes ſit pronuntiandum. Sententiam eam *ad d th. 10.* in dubium vocauimus, & ea tamen admiſſa, male hoc iuramentum in litem accommodatur, cum ex ratione adducta ad Gail quod nemo præſumatur immemor æternæ ſalutis, hoc ſit generale, & ut generale proponatur *à Gail. d loc & Mynſ. 1. obſ. 13.* cum etiam in iuramento in litem non niſi in caſu rationi præfinitæ à iudice certæ quantitatis, locum habere poſſit: quod, alias cum ignoretur, quanti defunctus fuiſſet res æſtimaturus, iuramentum pro præſtito nullo modo haberi poſſit. Cæterū præter ea, quæ *ad th. præced 10.* contra hanc ſententiam in genere acceptam notauimus, illud inſuper mouet, quod nō ex ſuſcepto, ſed ex præſtito iuramēto actio & exceptio naſcitur & quod etiam cum qui ſuſcepit, antequam præſtetur, pœnitere poteſt: & quidem ex ſententia Tr. in iudiciali, & magis etiam neceſſario ſi iurare velit, omni modo autem in iuramento ad litem ſi actor communi æſtimatione velit eſſe contentus: ex quo etiam reſponderi poteſt ad rationem Gail. quod nemo præſumatur mori velle in peccato: quæ etiam alias non concludit, quod ita non minus ſecundum eum, qui ante ſententiam deceſſit, fuerit pronuntiandum, & hoc vtique ſufficere non poteſt, vt reus cauſā amittat: quin imo reo iniuria fieri, ſi contra conuentionem & non præſtito iuxta delationem iuramento, ipſe cauſa cadat. Et facit huc etiam *l. 12. in pr. C h tit.* ex qua non obſcure probatur, hæredem ne volentem quidem iuramentum defuncto delatum & ab hoc ſuſceptum ſine noua delatione præſtare poſſe: ideoque multo minus ſuſceptum pro præſtito habetur.

Digitized by Google

LIT. G.

In rebus certam æſtimationem non habentibus.] Nō ſatis intelligo, quodnam genus rerum hinc excludat. ſiquidem excepta pecunia numerata nulla res eſt, quæ perpetuo certam habeat æſtimationem: quod ſi intelligit res, quæ communem habent æſtimationem, nimis & contra iura hoc iuramentum reſtringet: plane in omnibus rebus, in quas affectio cadere poteſt, aliis requiſitis poſitis, huic iuramento locum eſſe, recte ſtatuemus.

In actione ex edicto.] Explicandum hoc eſt ex *l. 5. §. 1. ne quis eum qui in ius &c.* vbi docet ICtus, quod actione illa in factum non contineatur, quāti res eſt, ſed quanti ab actore æſtimata eſt, videlicet, vt recte ibi notat gloſſ. per iuramentum, quo ſemper opus eſt, vbi ab ipſa parte res venit æſtimanda.

De Iure Saxon.] iuramentum illud, de quo *in l. 9. C. vnde vi.* affinitatem quidem habet cum hoc iuramento in litem, ſed hactenus diuerſum, quod non tam indulgetur affectioni ratione rei certæ, quam ratione rerum plurium, quas ſibi ereptas & damnorum datorum quæ ſibi illata eſſe actor contendit. Illud non ſatis capio, quāobrem dicat, notandum eſſe hanc regulam generalem, quod aduerſarius contracto iuramento poſſit diminuere quantitatem iuramento taxatam, cum tamen ipſe hoc referat ad ſpeciale iuramentum, de quo *in l. 9. C. vnde vi.* & Piſtorium ita reſtringentem probet. Sicut & illud non ſatis capio, quod iuramentum hoc non ad damnum, ſed proprie ad res non extantes pertinere ait, cum tamen & ſumma ratio ſuadeat, damnorum quoq; habere rationem, & nominatim de damnis etiam conſtitutio *d. l. 9.* loquatur.

THESIS XIII.

LIT. A.

An omnibus iudiciis.] Obſcurum & ambiguum hoc eſt quo ſenſu iuramentum veritatis in omnibus iudiciis interponi dicat. Equidem in iis iudiciis, in quibus iudicis eſt rem æſtimare, non poteſt huic iuramento locus eſſe. Deinde ſi quærimus de natura huius iuriſiurandi, quatenus iuxta ſupra tradita neceſſitatis eſt, neque affectioni indulgetur, illud tantum locum habet in iudiciis ſtrictis, & nec his quidem ſemper, ſed vt eſt in *l. 1. §. vlt. h. t.* interdum cæteroquin illud expeditum, eſt, quæ etiam in bonæ fidei & arbitrariis iudiciis, licet contumacia rei interueniat, actor iure ſuo non vti, & ſimplici æſtimatione rei contentus eſſe poſſit.

LIT. D.

Retractari ob periurium poteſt.] Dubiam hanc ſententiam facit, quæ in iure noſtro pro regula traditur, prætextu periurii cauſam deciſam iuramento retractari non debere. Quod ſi iuramentum ſuper principali præſtitum non retractatur, multo minus retractabitur, quod ſuper nuda æſtimatione præſtitū eſt. Licet enim hoc differentiam faciat, quod multum intereſt, an ex conuentione partium, an à iudice iuramentum deferatur: attamen ex aduerſo facit, quod cum iuramentum hoc ſit neceſſitatis, & ſuper vera æſtimatione rei præſtitum, magnopere pars aduerſa læſa eſſe non poſſit: eaque ſentētia eſt *l. vlt. d. in l. iurand.* non facile hoc caſu quæri de periurio eius qui ex neceſſitate iuris in litem iurauit: quæ verba à contrario ſenſu arg. præbent, facilius tractari poſſe iuramentum affectionis: quod tamen male negat hac ipſa Tr. Enim verò idoneam differentiæ rationem non animaduerto, quin facilius debet de periurio quæri eius, qui ex affectione ſua rē nimio probaſſe æſtimari poteſt: licet hæc ratio ſit, quod coerceatur ita dolus rei, citra quem iuramentum veritatis deferri poteſt.

Intellige hoc totum.] Quod de retractione iuramenti veritatis dixerat, ita limitat, modo reus de priuato damno laboret. Quæ limitatio nulla eſſe videtur, quia fieri nō poteſt, ne reus de priuato damno laboret: cum ex alia cauſa retractatio peti nequeat, niſi quæ actor æſtimatione ſua verſi rei pretium; vltra quam par erat, exceſſit.

Licet ex magna cauſa.] Ait iudicem poſt delatum & præſtitum iuramentum poſſe reum minoris condemnare, aut prorſus abſoluere ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus, quod licet ita tradatur in *l. 4. §. 4. d. in lit iurand.* dubio tamen non caret, ſiquidem propter dolum & contumaciam rei in litem iuratur, in cuius pœnam indulgetur actori, vt etiam iuret in infinitum: vt proinde non appareat ſatis, quænā illæ ſint cauſæ & probationes, ob quas retractetur hoc iuramentum cui retractationi refragatur ratio iuris, vtcunque duplo amplius rem æſtimauerit actor. Cæterū ſi hoc admittimus, nihil video, quo minus eo quoque caſu obtinere debeat contra Treutler. quo, præcedente taxatione iudicis iuratum eſt: cum lapſus ille vel error iudicis non debeat nocere reo, & nec quidem impedire poſſit, quo minus ex magna cauſa & ob probationes contrarias idem quod

in caſu

Digitized by Google

in caſu præcedenti obſeruetur. Nec obſtat *l. 9. C. vnde vi*, vel quia ſtatutum in caſu ſpeciali extendi non debeat: vel quia regula non tollit exceptionem, quæ *in d. l. §. 4.* de in litem iurando proponitur. Cæterum totum illud quod *in 4.* tum de retractatione, tum de taxatione iudiciis proponitur, non immerito ad rationem iuris antiqui eſt *Ant. Fabro deciſ. 18. err. 9. & 16. coniect. 17. & in lib. 18. in pr. d. dol. mal.*

Vbi ait poſt iuſiurandum.] Proponit hic ex Paeio de iuramento præſtito ſuper impenſis. Verum non ſatis animaduerto, quomodo iſtud iuramentum huc pertineat, quod vtique in litem diei non poteſt, & cum eo iuramento, de quo agitur, & quod ipſa introduxit neceſſitas, male coniungitur & confunditur.

Ad.

DISPUTATIO. XXII.
DE CONDICTIONIBVS EX PROMVTVO.

THESIS. I.

Lit. A.

PRoponit initio in exegeſi, quod condictio hæc tam ex proprio, quam ex improprio contractu competat. Vbi argum. eorum quæ tradit lit. C. th. 2. per improprium contractum videtur intelligere contractũ innominatũ: minus recte, quia hic contractus proprius eſt, & improprii dicẽdi ſunt, quaſi contractus. Verũ vtcunq; hic accipiatur, non recte dicitur oriri has condictiones tam ex proprio &c. quoniã reuera ex quaſi contractu ſunt. Licet enim aliquãdo ex cauſa nominati etiam cõtractus condictioni eiuſmodi locus ſit, vt in ſpecie *L. 15. §. 6. Locati* ea tamen non deſcendit recta ex ipſo cõtractu, ſed ex tacita aliqua cõuẽtione, quæ propter naturam contractus ineſſe videtur. Et quod condictio cauſa data, de qua in *d. §. 6* tractatur, ex contractu nominato non deſcendat, inde perſpicuum ſit, quod iſta condictio datur ex capite pœnitentiæ & caſſationis, ex capite autem neutro agi poteſt in contractibus nominatis, in quibus nec locus eſt pœnitentiæ, & ſi ex altera parte conuentis non ſtetur, non repetitur quod datum eſt, ſed ad implendum contractum agitur. Cæterum de vera cauſa huius condictionis, agemus th. 2. lit. C.

Eam generalem vocat.] Et ſubiicit rationem, quod ex omnibus contractibus generalem promittat actionem. Quod inconcinne dicitur, cõdictionem promittere actionem: neque ſatis vere, per paulo ante notata. Cæterum de condictione generali & ſpeciali actum eſt diſput. 20. theſ. 10.

Lit. B. & C.

Inſtituit hic comparationem condictionis ex indebito & mutuo, ita vt indebitum in genere ſumat, quatenus omnes ſpecies ſequentes comprehendet, vt patet ex notatis lit. C. Non recte, quia v. c. quod tanquam ex turpi cauſa, aut propter cauſam datum condicitur, cum mutuo vix ac ne vix quidem comparari poſſe videtur: vt proinde titulus, quem huic diſputationi præſcripſit Tr. de condictionibus ex promutuo, probandus minime videtur, & ipſe Cuiac. mutuum cum indebito in ſpecie ſumpto cõparat, & quidem ita demum, ſi ſolutæ fuerint res, quorum datione increditum itur. Qua de cauſa minus recte Tr. lit. C. comparatiue loquitur *eoque magis ſi res fungibilis, &c.* quia niſi eiuſmodi res ſolutæ proponuntur, vix admittenda eſt comparatio cum mutuo. Et illa ſane omnino cum mica ſalis accipienda eſt, & hactenus vt *Iaſ. ait in addit. ad per c. in §. 1. I. quibus mod. re contr. obl.* quo ad ſubſtantiam obligationis & effectum exactionis: quod perinde atqui mutuum accepit, ita qui indebitum accepit, errore probato rem cuius dominus factus eſt, cogitur reſtituere, cæteroquin lata eſt inter hæc differentia.

Lit. E.

Quam hic pro fine.] In hac condictione cauſa non recte accipitur, pro fine & conditione: quia cum conditio omnis ſit vel reſolutiua vel ſuſpẽſiua, neutrum huc accommodari poteſt: & vix hæc ſimul conſiſtere poſſunt, vt ſit finis ſimul & conditio: Et ſignificatur omnino hic cauſa finalis. Cui non obſtat *l. 52. l. 65. §. 3. d. condict. indebit. l. 13. d. condit. & demonſtrat.* Quia reſpondeo 1. verbum, *cauſa*, ſumi & in ſpecie, quommodo in præteritum refertur, & in genere, quo ſenſu idem eſt ob rem dare, & ob cauſam dare. *arg. l. 52. d. condict. indeb. 2.* vbi agitur de condictione indebiti, cauſam accipi de præterito, quia ſolutio ſit ex cauſa præcedenti, quomodo & in legatis, cum refertur inter ea, quæ legatis adiiciuntur *§. longe magis 31. Inſt. d. legat.* Et huic conuenit, quod ipſe Treutl. hac lit. E. in pr. hoc ita explicat, *ſi detur vt aliquid fiat*. Vbi quod ſtatim ſequitur, à Bald. & Iaſ. hoc etiam ad cauſam præſentẽ

 extendi,

extendi, obſcurum videtur, ita vt autores illi non recte à Treutl. accepti videantur. Nimirum *Bald. in l. ſi procuratori 14. d. condict. cauſ. dat. column. 4. in principio.* notandum eſſe ait, quod illa cauſa dicitur de futuro, quæ habet in ſui eſſe pendentiam, non quæ eſt de præſenti: quod ita accipit *Iaſon. in l. 1. h. t.* ad quod vt datum ob cauſam repeti poſſit, requiri, vt illa cauſa habeat dependentiam talem de futuro, quæ de præſenti non poſſit impleri. Vbi tamen Iaſ. hanc ſententiam improbat, *per d. l. 1. h. t.* in cuius ſpecie cauſa talis ſit, quæ ſtatim poſſet impleri, videlicet vt quis eſſet hæres. Verũ hic intereſt, an detur aliquid vt accipiẽs aliquid faciat, an vt dãs aliquid facere poſſit. Illo caſu cauſam talẽ eſſe oportet, quæ futurum reſpiciat, licet ſtatim poſtquam res data eſt, impleri poſſit, veluti ſi dem decẽ Titio, vt adeat hereditatem. Hic autem caſus proponitur *in l. 1. §. 1. h. t.* ſi inſtituturus ſim ſub conditione dandi decẽ Titio: & hic hactenus eadẽ ratio eſt, vt cauſa propter quam datur, reſpiciat futurum, poſſit tamen re data ſtatim impleri. Et ex his explicandum eſt, quod ſtatim ſequitur apud Tr. nihil intereſſe, an cauſa pendeat ex voluntate dantis necne: quoniam hoc pertinet ad caſum iſtum poſteriorem, vbi datur, vt ipſe dans aliquid facere poſſit: aliàs impletio non poteſt dici pendere à voluntate dantis, niſi quatenus hic præuertendo & pœnitendo efficere poteſt, ne alter implere queat. Quod autem de ſcelere dantis dicitur, ſumptum videtur *ex l. 2. h. t.* & ita ius eſt, vt qui in ſpecie iam dicta implendæ conditionis cauſa, ſub qua legatum accepit, aliquid dedit, duobus caſibus repetere poſſit, ſi legatum vltro repudiet, & ſi, vt maxime velit legatum petere non poſſit *argument. l. 65. §. 3. d. condict. indeb. l. 1. §. 1. cum l. ſeq. d. condict. cauſ. dat.* cui poſteriori caſui additur exceptio *d. l. 2.* niſi ipſius dantis culpa factum ſit, vt teſtamentum rueret, & ita legatum peti non poſſet.

Quod ſi impoſſibilis.] Quæri potius debebat, de cauſa impoſſibili. Diſtinguit autem Treutl. an ſit impoſſibilis de iure an facto. Illo caſu ceſſare condictionem, quia ſit turpis cauſa. Quod ita limitandum, ſi talis ſit natura ſua ex ſe & ſemper: ſecus ſi res per ſe licita perſonæ alicuius reſpectu prohibita ſit veluti exercere procurationem, quod quia per ſe licitum, & in milite ſaltem prohibitum, condictioni locus eſt *l. 5. Codic. d. condict. ob cauſam.* Hoc caſu vbi de facto impoſſibilis eſt, ſubdiſtinguit Treutler. an dans ſciuerit impoſſibilem eſſe, & per modum cauſæ vel modi dederit, an vero vt conditionem adiecerit. Illo caſu ceſſare condictionem, hoc verò condictioni locum eſſe. Prius illud liquidum eſt, poſterius dubium: primo non recte adhuc accommodetur, ſi per modum conditionis hoc factum proponas, veluti do tibi centum, ſi cœlum digito attigeris. Quo caſu ſiquidem ex conditionis natura hoc diiudicamus dominium rei tranſlatum non eſt, ſed ipſa datio quaſi pendet, ſicut de mutuo ſub conditione dato reſponſum eſt *in l. 8. d. reb. cred.* exiſtente conditione naſci obligationem: adeoque deficiente nulla obligatio erit: & porro cum deficere conditionem hic conſtet, dominio non tranſeunte in accipientem, nulla condictio, ſed rei vindicatio erit. Atquin non videtur hæc res ad naturam aliarum conditionum æſtimari poſſe: quia conditio quam certum eſt non extituram, actum ſuſpendere non poteſt: eoque fiet, vt datio habeatur pro pura, & qui dedit, cum ignorare non poſſit rei impoſſibilitatem, donaſſe cenſeatur, neque aliud erit, ſi quis alteri dederit, *vt digito cœlum contingeret*: qua de cauſa contra Treu. condictionem non admittam; & fruſtra adducitur *l. 5. C. d. condict. ob cauſ.* vbi tractatur de cauſa quæ non facto impoſſibilis, ſed iure & quidem tantum ratione perſonæ prohibita eſt, veluti, vt miles ſit procurator. In cæteris quoque allegatis impingit Treutl. nam & *l. 8. h. tit. in pr.* non recte videtur reſtringi ad caſum, vbi conditio impoſſibilis per modum cauſæ adiecta eſt, cum textus generaliter loquatur, & gloſſ. *in dict. l. 5.* tractat de conditione, quæ de iure non facto impoſſibilis eſt, in qua alias conſtat condictioni locum eſſe. Cæterum *Bart. in ead. leg. 5.* nihil habet pro Treutl. ſed in *l. 8.* diſtinguit, & quidem circa conditionem de iure reſpectu perſonæ impoſſibilem, an ſcienter an ignoranter datum ſit. Et illo caſu an per modum cauſæ, vt tum non detur condictio, an ſub forma conditionis.

LIT. F.

Ex contractu innominato.] Ita quidem vulgo tradi ſolet, condictionem cauſa data eſſe ex contractu innominato, do vt des, vel do vt facias. Verum ſubtiliter loquendo ex ipſo hoc contractu recta deſcendere non poteſt, tum quia tendit ad eius diſſolutionem, tum quia datur præter illud, quod in conuentionem expreſſe deductum eſt, videlicet vt detur vel vt fiat: quod ipſum non obſcure docet ICtus *in leg. 5. §. 1. d.*

pra-

præſcriptis verbis. vbi ait, in actione contractus ipſius non venire, vt reddatur quod datum eſt, ſed vt intereſſe præſtetur. Et ita nimirum res habet, vt quemadmodum in ſolutione indebiti, de quo infra theſ. 4. ita in datione hac duo agantur, alterum expreſſe, vt aliquid detur vel fiat, quod conſtituit contractum verum, alterum tacite, vt ſi non fiat, de quo conuentum eſt, rem liceat repetere, quæ tacita conuentio quaſi contractum conſtituit, ex quo hæc condictio deſcendit.

Quod de datis dicitur.] Ait quod receptum eſt, vt data condicantur, idem vtilitatis gratia, & benigna iuris interpretatione receptum eſſe in cautione, vt liberatio condicatur. Sed non video, cur hoc tribuatur æquitati, & quænam illa lex ſit, quæ benigne explicetur: quia exiſtimo condictionem illam datorum non ex lege aliqua: ſed diſputatione ICtorum introductam eſſe: aut non minus condictio cautionis quam rei erit ex lege, quia regulare eſt, vt condictio tanquam genus diuidatur in certi & in incerti: quarum ſpecierum idem ius & ead. ratio eſſe videtur.

Item in acceptilatione.] Diſtinguit ita, ſi accepto latum ſit ob cauſam, an debitum fuerit purum, an in diem vt illo caſu ipſa pecunia repetatur, hoc verò obligatio, vt debitor in priſtinam obligationem reponatur: quæ diſtinctio eſt *gl. & Bart. in l. 4. h. t.* quam facile admitto in mēbro poſteriori, ſed in priori vbi debitū purū eſt, vix putarim negari poſſe, quin etiā ipſo iure obligationis condictio competat, quod videtur probare *ex d. l. 4.* quam ipſe Accurſ. & Barr. accipiunt de cond. incerti obligationis vel liberationis, & tamen contra generalitatem verborum ad condictionem in caſu debiti conditionalis, ſiue in diem reſtringunt. Et adeo dixerim, in arbitrio fuiſſe acceptum ferentis, etiam in caſu debiti puri, vel condictione incerti experiri, vel omiſsis ambagibus, condictione certi, quod accepto latum fuit repetere, ex ratione *l. 10 h. t.* facit *l. 9 §. 7. quod met. cauſ.* ibi, *niſi vel ſoluatur, vel reſtituta obligatione iudicium accipiatur.*

LIT. G.

Differt ergo] Præcipua differentia eſt, paulo ante notata, à cauſa efficiente, quod condictio ex quaſi contractu actio præſcriptis verbis ex vero contractu deſcendit.

THESIS II.

LIT. A.

Repetimus autem.] Duo ſunt capita, ex quibus hæc condictio datur, alterum ex parte debitoris, ceſſatio, alterum ex parte creditoris, pœnitentia.

Vnde ſi ob caſum fortuitum.] Affirmat indiſtincte Treutl. ſi caſus fortuitus impediat cauſam impleri, condictionem ceſſare: per *leg penult. C. h. t.* (vbi Pacius variis variorum caſuum diſtinctionib. rem magis confundit quam explicat.) *l. 5. in pr. h. t* ibi, *& cum per te non ſteterit l. 8. C. eod.* ibi, *cum poſſet non paruit: l. 3. §. 3. eod.* vbi traditur pecunia data, vt ſeruus intra certum tempus manumittatur, ſeruo ante id tempus defuncto ceſſare repetitionem: & facit quod nihil hic imputari poteſt debitori, qua in re cauſa differt à conditione *l. 4. C. h d. condict. inſert.* Quæ licet ita ſint alii textus tamen alii vocant, & *Donell. 14. comment* 21. directo contrarius, etiamſi caſus fortuitus interueniat, repetitioni locum eſſe putat 1 quia liceat pœnitere, 2. quia abſurdum videtur, eum, qui quid dedit re ſua carere, nec tamen illud, de quo conuenit fieri: Nihil autem intereſſe videtur, an illud ſine culpa ſiue caſu non ſequatur: Neque enim æquum eſt, cum qui ſub illa conditione dedit verſari in damno. 3. *per l. vltim. d. condict. cauſ. dat.* quæ condictionē pecuniæ, datæ, vt Stichus daretur, mortuo Sticho concedit 4. *per l 5. § pen eod.* vbi condictioni locus eſt, ſi ſeruus fugerit, ob quem manumittendum pecunia accepta fuit. 5 Adducit Donel. *l. 1. & 5. C. d condict ob cauſ. l. 15 §. item cum o. D. locat.* variæ diſtinctiones hic adhibentur & *Cynus cum gloſſ. in l. 5. h. tit.* quæ plenius diſtinguit *in l. ex cond. 15. §. Item cum quidam Locati Br & Bl. in d. l. 5. in pr. in l pen C h t.* diſtinguit, an caſus fortuitus contingat in perſona dantis, ad quem caſum refert *dict l. pen* an in perſona accipientis. quo caſu condici poſſe putat: verum apparet, hanc diſtinctionem omnibus textibus accommodari non poſſe. Dici 1 poteſt intereſſe, an cauſa, ob quam datum eſt in facto conſiſtat & quidem tali, quā magis cauſa tertii quam dantis ſit adiectum: an vero in dando aut etiam in tali facto quod commodum dantis principaliter reſpiciat. Illo caſu putem caſum fortuitum condictionem impedire, ſecundum *d l. penult C hoc tit.* quia nullum reuera videtur damnum ex parte dantis qui alium magis reſpexit, & cuius factum impleri non adeo multum inter fuit, præſertim ſi factum

Digitized by Google

Locum habet in cauſis appellationum.] Nullam hic video rationem dubitandi.

In matrimonialibus tum.] Videtur hic non eſſe locus huic iuramẽto, quod ex receptiſſima Doctorum ſententia in cauſis arduis non defertur, cuiuſmodi eſt cauſa matrimonialis, per notata à *Gail 2. obſeruat 94. in princip.* ex quo etiamſi ſemiplene probatum ſit, in iuramentum hoc deferendum non eſſe, ſcribit *Caſtrenſ. in l. 3. in princip. h. tit. numer. 11.* niſi, vt ibid. addit, magnæ ſunt præſumptiones pro iuraturo: Et quidem vt deferatur pro matrimonio non contra, vt notat *Caſtrenſ. ibid. & Gail. cit. obſeruat 94.* Licet enim ſint, qui iurari quidem etiam contra matrimonium exiſtiment poſſe, ita tamen, vt ſicut ſententia contra matrimonium lata non tranſeat in rem iudicatam, ita iuramentum non præiudicet, quo minus cauſa retractari poſſit *Cyn. in l. 3. Cod. hoc tit. num. 5. gloſſ. & Salicet in l. 3. §. quacunque h. tit. num. 6.* attamen tutius videtur, vt plane iuramentum non deferatur, ne de periurio diſputare ſit neceſſe: Ex quo remouetur ratio *Cyn. ex l. vltim. Cod. de tranſaction.* ex qua ſuper cauſa ſtatus etiam contra libertatem tranſigi poteſt: Cæteroquin *in d. l. 3. §. 2. hoc tit.* non contra, ſed pro libertate iuratur.

Quo caſu voluntarium.] Ratio ab omnibus redditur, quia videtur hic de nouo contrahi matrimonium: ſicut ex aduerſo, quare contra matrimonium referri non poſſit, quia legitime contractum matrimonium priuata partium conuentione diſſolui non poteſt.

Non vero in criminalibus.] Varie hic diſtinguunt Doctores, *Odofredus, Cynus, Salicet. & alii in l. 3. Codic. hoc titul.* Et vt generalius hoc tractetur à parte, an à iudice deferri poſſit, quæritur: & de illo rurſus an ab actore, an à reo. Ab illo non poteſt, quia cum verſetur intereſſe Reipublicæ deferendo iuramentum remittere illud actor non poteſt, & vt addit. *Salicet. in d. l. 3.* ita fieret vt actor impune deſiſteret, & eluderetur SCtum Turpillia, cui accedit, quod reus præſumitur peieraturus. A reo deferri poſſe, exiſtimant *Cynus in d. l. 3. numer. 2. Bart. in l maritus. 20. de quæſtionib.* quoniam reus etiam confiteri poſſit. Sed rectius Guilielmi ſententiam contrariam probat *Salicetus in d. l. 3. nu. 2* quoniam hæc confeſſio tantum eſt ficta, & præſumitur actor itidem peieraturus, ne incidat in pœnam calumniæ, & talionis, & iuramentum vim habet probationis, quæ in criminalibus perſpicua & certa requiritur *l. 3. C. de probation.* & alias confeſſio ficta plus operaretur quam vera, cum poſt iuramentum nihil amplius quæratur, ſed contra propriam confeſſionem reus venire poſſit. A iudice non poſſe deferri iuramentum ſuppletoriũ, (nam iuramenti purgationis alia ratio eſt) omnes concludunt, tum quia hæ cauſæ grauiſſimæ ſunt, tum quia probationes certiſſimæ requirũtur. Plane ſi ex cauſa delicti ciuiliter agatur, loc° erit & huic & aliis iuramenti ſpeciebus, quæ veriſſima fuit Iaco. de Rauenna diſtinctio, relata *à Cyn. in d. l. 3.*

Intellige cum ad publicam vindictam.] Vitioſa hæc limitatio eſt: quoniam in omnibus criminalibus cauſis vindicta publica ſpectatur: aut ſi iudicia publica intelligit, falſa efficietur ſententia, quod in priuatis extraordinariis criminibus iuramentum deferri poſſit.

Neque deferri poteſt in eo caſu.] Negat hoc caſu deferri poſſe vbi æquales ſunt probationes, ꝙ & Dd. ſententiæ, qui hoc caſu iuramento huic locum non denegant, & rationi aduerſatur, vbi ſc. probationes non ſunt plenæ. Neque enim, quoniam probationes actoris dubium faciunt iudicis animum, protinus abſoluendus erit reus quod male ex *l. 125. de reg. iur. & l. 38. de re iudic.* probare conatur Tr., quarum illa generaliſſima de fauore rei, hæc non de probationibus, ſed ſententiis æqualibus loquitur. Non obſtat etiam, quod res non videatur habere exitum: vel quia in dubio potius iuramentum deferri debet reo, vel quia eo reſpectu æquales probationes eſſe poſſunt, quod v. c. vtrinque vnus teſtis productus eſt, vt nihil tamen impediat, iudicem in alteram partem magis inclinare: quin & alio modo probationes dici poſſunt æquales, ſi cum imbecillioribus motus iudicis propter honeſtatem perſonæ, vel alias circumſtantias concurrat, cum alias etiam iudicis ſit æſtimare quantum probatum ſit *l. 3. §. 2 de teſtib. Sichard. ad Rubric. C. d probation.* & eſt in hanc rem illuſtre exemplum apud *Gellium lib. 14. c. 2.* quibus ad denot. inf. p. 2. diſ. 4. th 8.

Lit. B.

Etiam non petitum.] Vera hæc ſententia eſt, quia iudicis eſt exigere probationes vlteriores: poteſt autem peti vel indefinite vel expreſſe, vt ſibi deferatur, quod recte docet *Salicet. inf. lib. 3. C. h. titul.*

Lit. C.

Etiam poſt concluſionem.] Nimirum poteſt ad hoc iuramentum ſe offerre reus, poteſt etiam iudex

Digitized by Google

iudex vltro deferre. Hoc proculdubio etiam poſt concluſionem in cauſa, reſciſſa ea ex officio fieri poteſt. *Gail. obſeru. 108 nu 5.* illud magis eſt fieri non poſſe, cum ſit ſupplementũ, adeo pars vel ſpecies probationis. De quo ſcilicet caſu loquuntur citati pro diſſ. *Bart. Marant. & Mynſing. Gail 1. obſeru. 108. n. 1.* vbi hanc opinionem communem & receptam teſtatur, quos ſequor contra *Tr. & Salic. à Tr. citatum in l. 3. C. hoc tit num. 9.* vbi defendit, quod etiam à parte poſt concluſionem in cauſa iuramentum iſtud iure peti poſſit.

Defertur autem modo actori.] Etiam reo hoc iuramentum recte deferri Dd. admittunt *Odofred. in l. 3. C. h. t. Cyn ibid n. 9. Salicet. 24 Bart. in l. 31. h. t. n. 57 Fachin. 1. controu 18.* vbi videlicet, vel probationum æqualitas vel perſonæ qualitas hoc ſuadet, de quo prolixe Salicet. lo. cit. idque eſſe videtur, quod ait Tr. deferri reo, cum pares ſint probationes: in quo tamen ſibi contradicere videtur lit. A. in F. vbi negat huic iuramento locum, cum ab vtraque parte æque probatum eſt. Quod autem ſequitur apud Tr. *& reus aliquid præſtiterit.* vel pro explicatione præcedentis accipiendum, vel pro, *&*, legendum eſt, *aut:* quoniam licet pares probationes non ſint, ex cauſa tamen reo deferri poteſt: cum multi ex priſcis Dd. quos refert *Salicet. d. l. 3. C. h. t. num. 24* etiam reo qui nihil probauit, iuramentum ſe non debere, à iudice deferri voluerint: vt proinde hoc iuramentum non recte ſimpliciter ſuppletoriũ appelletur. Illa quoque apud Tr. non bona oppoſitio eſt: *defertur actori ſi ſemiplene probauerit, reo autem ſi pares ſint probationes.* vel quia etiam ſemiplenæ probationes pares eſſe poſſunt, vel quia etiam reus exceptionem ſuam ſemiplene probare poteſt: quo caſu proculdubio ipſi, vtcunque pares probationes non ſint, iuramẽtum hoc deferetur. Quinimo ex ſententia *Cyn. in l. 3. C h. tit. n. 10 & Salicet ibid. nu. 26.* etiamſi actor plene probauerit, nihilominus tamen reo, qui exceptionem ſuam probauit ſemiplene iuramentum hoc deferendum eſt: vt proinde male tanquam pro regula ponatur, deferri reo, vbi pares ſint probationes.

LIT. D.

Nec referri nec remitti poteſt.] Poſterius ſiquidem eſt: ſed prius dubium redditur ex conſtitu: *l. Iuſtin. in leg generaliter 12. Codic. h. tit.* vbi expreſſe ſtatuitur, ſiue à partibus iudice approbãte, ſiue ab ipſo iudice fuerit iuramentum illatum, illud aut præſtandum aut referendum eſſe, vix enim ac ne vix quidem quod ibi de relatione dicitur, ad iuramentum à parte delatum reſtringere, & ita membra diſtinguere poſſis, vt prædicta illa duo *præſtare referri*, non ad vtrumque iuramentum, ſed ad alterutrum referantur. Vix etiam tentare poſſis totum illum locum nõ de neceſſario, ſed de iudiciali iuramento accipiendum eſſe, & de eo caſu, cum iudex quaſi arbiter iuramenti præſtandi autor eſt, non autem præciſe iurandi neceſſitatem imponit. Videri poſſis intereſſe an iudex deferat iuramentũ ad ſupplendas probationes alterius, an vero in caſu æqualium probationum, vt hoc demum caſu relationis quædam ſpecies locum habeat, & parti in alteram partem iuramentum reiiciendi ſit facultas. Cæteroquin ex ratione iuris illi qui detulit, referri iuramentum dicitur, & videatur aliàs hoc iniquum, quod qui non detulit, relatum ſibi recuſare non poſſit, neque facultatem referendi habeat, cum ipſe delationis non fuerit autor.

LIT. E.

Proponitur hic ſpeciale huic iuramento, vt propter noua inſtrumẽta reperta retractari atque, ita retractata ſimul ſententia iudicis periurium argui poſſit: quia ſententia non ex veris ſed fictis probationibus ex iuramento, quod citra voluntatem & conſenſum partis alterius interuenit, lata eſt. Negat autem Tr. an retractetur citra reſtitutionem in integrum: ſed male pro ſe citat Iaſonem, qui lectura prima *in d. l. admonend col. 4. in princ.* communem quidem eam ſententiam affirmat, ſed ipſe diſerte contrarium probat, duplici ratione, 1, quod aliàs nihil hic eſſet ſpeciale, cum quæuis ſententia propter inſtrumenta iuſtà ignorata & poſtea reperta beneficio reſtitutionis in integrum retractati poſſit, de quo alibi agemus. 2. quod in hac ſpecie ſententia lata ſit ex probationibus priuilegiatis & fictis: vnde rationem differentiæ petit *ad leg. diuus 33. d. re iud. & l. 2. Codic. ſi ex falſis inſtrum.* vbi putat, reſtitutione eſſe opus, quod probationes per teſtes & inſtrumenta, licet in indiuiduo falſæ, per ſe tamen veræ ſint probationes: quamuis verba *d. l. 33 in integrum reſtitue,* non neceſſario inferant ſpeciali illo beneficio reſtitutionis opus eſſe, ſed explicationem commodam recipiant *ex l. 2. ſi ex falſis inſtr.* vbi dicitur ex integro cauſa audiri: ita vt v. c. abſoluto reo priſtina actione liceat experiri, & exceptio rei iudicatæ replicatione falſarum proba-

probationum elidatur. Et hæc ipſa tamen reſtitutionis quædam ſpecies videri poſſit quoniam ipſo iure ſententiam firmam eſſe dubitandum, non puto, iuxta notata ſupra diſp. 7. th. ult lit. C. Cæteroquin iniuriam videtur facere Cuiacio, quem allegat pro diſſ. qui 8. obſerv. 35. hoc tantum dicit, ſuper retractatione ſententiæ non opus eſſe adito principe, ſicut opus ſit, eo adito ex cauſa retractandi iuramenti voluntarii & iudicialis, quod ſane veriſſime dicitur.

An autem à ſententia.] Quærit hic Tr. an à ſententia iudicis iuramento cauſam decidentis liceat appellare. Vbi abuſiue loquitur, quia cauſam non decidit iuramentum, ſed ſentẽtia, quæ fertur ſecundum iurantem. Cæterum illud vitioſum eſt, quod cum tota hac th. agat de iuramento neceſſario, & hac ipſa quoque litera, hæc tamen quæſtio ad iſtud iuramentum nullo modo pertinet, (quod ex allegatis apparet, & ratio ſuadet, ſiquidem à ſententia quæ ſequitur iuramentum neceſſarium proculdubio appellare licet) ſed ad iudiciale, quod pars parti in iudicio defert. Sed & hic nimis generaliter formata quæſtio eſt: quia illud quidem conſtat, eum appellare non poſſe, qui iuramentum detulit, ſed de eo, qui retulit, ſolo quæſtio formanda erat. Et cum in dubio ſemper appellatio licita ſit, hac in re ſententia Cyn. affirmatiua contra Tr. defendi poteſt: quia deferre quidem volũtatis, ſed referre neceſſitatis eſt: & licet potuiſſet non referre, & ita condemnatus appellare, ea tamen ſpecies quædam contumaciæ eſt, & vtiq; principium iurandi ab ipſo non proceſſit: Licet pro Treutl. moueat, quod iuxta ſupra tradita, præciſa hic neceſſitas non eſt, ſed quam ſuſcipiendo onus probationis liceat euitare: vbi tamen replicari poteſt, quod v c. reus nec in ſe ſuſcipere probandi onus tenetur, & raro facultatem probandi habet.

LIT. F.

Ait hac lit. quod ad hæc iuramenta præſtãda euocatus ipſe comparere debeat. Vbi primo nõ ſatis liquet, quænam iuramenta intelligat, an etiam iuramentum calumniæ vel veritatis dicẽdæ, &c. an tantum iuramenta deciſoria. Deinde ambigua propoſitio eſt, an ipſe, quem res concernit neceſſario hæc præſtare in perſona debeat, an in caſu ſpeciali ex cauſa hoc facere teneatur: ex quibus falſum eſt, quia etiã iuramentum à procuratore præſtitũ principali prodeſt, hoc admitti poteſt, citra tamẽ præciſam neceſſitatem, quam Tr. requirere videtur euocationis, cum etiam extra locum iudicii, & vbi quis degit iuramentũ præſtare poſſit *l. 12. § 4. C h. tit.* Niſi fortaſſis hoc ipſum ſignificare voluit Tr limitatione ſeq. *niſi neceſſitate prohibeatur* de qua tamen explicatione dubitare poteſt, vel quia *in d l. 12. §. 4.* arbitrio iudicis hoc permittitur citra aliquã mentionẽ neceſſitatis, vel quia aliás eſſet tautologia, & idẽ diceretur quod in limitatione ſequenti, *vel veniendi neceſſitas iure remittatur:* quæ ſcil. verba eo pertinent arg citat *l 3. §. ult de teſtib* vt vel euocetur aliquis, vel in loco domicilij iuret. Cæteroquin illa limitatio, *niſi neceſſitate impediatur,* hunc ſenſum habere videtur, vt in caſu neceſſitatis per aliũ iurari poſſit: quod vix admiſerim, cũ ita inferatur iniqua cõditio deferenti, ſiquidem multum intereſt, quæ perſona iuret. *arg. d l. 12. in pr. C h. tit.* Sed magis videtur illa limitatio præpoſtero loco poſita ſit, & pertineat ad lit. ſeq qua dicitur, non comparentẽ incidere in pœnã, arg. citat *l. 2. ſi quis caut.* licet reuera vix hic ſubſit ratio differentiæ, quia incidit in pœnam non iurantis qui iuramẽtum ſuſcipere vel referre detrectat, quod de neceſſitate impedito dici non poteſt: in quo alia ratio eſt eius, qui certo die ſe ſtiturum promiſit, & qui ipſo quidem iure in pœnam incidit, ſed defenditur exceptione iuxta *d. l. 2. ſi quis cautien.*

LIT. G.

Ait hic non comparentem incidere in pœnã. Rectius dixiſſet, *iurare recuſantem.* Accipiẽdum autem hoc eſt de iudiciali iuramento, de quo *in l. 12. C. h. t* voluntarii ſiue extraiudicialis diuerſa ratio eſt, licet de hoc etiam textus à Tr. citati loquantur, ad quod hactenus ſaltem accommodari poteſt hæc pœna, ſi pars præſens ſit, non etiam, de quo tamen caſu ſit, tractatur, ſi abſens ſit, & quidem ad illam ſpeciem, quæ in iure apud prætorem defertur: quo etiam tantum pertinere poteſt, quod hic traditur de actionis denegatione, ſiquidem poſt litem conteſtatam nõ actio denegari, ſed reus abſolui dicitur, quomodo ex aduerſo, quod de abſolutione proponitur tantum pertinet ad iudiciale. quia ex cauſa extraiudicialis ſpecialis actio & exceptio acquiritur: & hæc adeo non confuſim, ſed diſtinctim proponenda, & ſingula ſingulis ſpeciebus applicanda erant. Quod idem vitium notari poteſt in eo, quod ſequitur, reum competentibus remediis ad ſoluendum compelli debere: quoniam in iudiciali iuramento prius eſt, vt reus condemnetur *l. 34. §. 9. h. tit.* in extraiudiciali autem reus pro confeſſo habetur, & recta

à præ-

à prætore ſolui cogitur *d. l. 34. §. ſexto hoc tit.* Sequitur ſtatim apud Treutl. *ſed ſi iudex datus non facit, & lite conteſtata iudicium apud eum poſtulabitur.* Vbi alia quæſtio mouetur, quis abſoluere aut condemnare, aut quod proxime præcedit, ad ſoluendum cogere debeat. Quoniam autem omnino abſurde dicitur, lite conteſtata apud iudicem datum, iudicium poſtulari, ideo legẽdum erit, pro, *iudicium, iuramentum.* Eſt alioquin idem hic vitium iam notatum: & ſcilicet vt quis rectà ſoluere cogatur. in iuramento tantũ extraiudiciali obtinet, adeoque ad iudicem pedaneũ nihil pertinet: cæterum in iudiciali ita ius eſt, vt iudex poſt illud ſententiam ferat, executionem autem ex ratione iuris ciuilis faciat prætor *l. 15. in princip. d. rei iudic.* quem locum citat Tr. adeoque itidem diuerſam quæſtionem immiſcet, & rem totam inuoluit & confundit.

Recuſans in expenſis damnandus eſt.] Vide de hac quæſtione *A. Fab. decad. 19. error. 6. & 7. Setſerum de iuram. lib. 4. c. 11.*

Qui ſi collegio.] Simpliciter negat, in cauſa collegii vel vniuerſitatis Syndicum iurare poſſe. Non ſatis bene: quia alio ita deferente proculdubio Syndicus rectè iurabit: ſiquidem etiã ex iuramento procuratoris, ſerui vel filii, quibus id delatum fuit, aliis actio vel exceptio quæritur, iuxta ſupra tradita.

Secus autem hoc iure] Ait Saxon. libertum eſſe ante litem conteſtatam, ſi probationibus non fidat libellum ita mutare, vt rem totam conſcientiæ aduerſarii committat. At quin hoc minime eſt mutare libellum, & iuri ciuili apprime conuenit, quo apud prætorem in iure rectà iuramentum deferri poteſt.

Ita viciſſim reo] Illud hic dubium eſt, quod etiam iuri communi conuenire tradit, vt ſi probationibus vti malit, nec iurare nec referre iuramentum teneatur. Et in iuramento extraiudiciali perſpicue falſum eſt, *per l. 34. §. ſexto. & leg. 38. hoc titul.* cum hic nondum de probando agatur: ad quam tamen ſpeciem magis apta videntur hic à Treutl. tradita ex iure Saxon. cum diſputet de caſu litis nondum conteſtatæ: quoniam eum hodie ipſi magiſtratus iudicent, vix aliunde differentia iuramenti iudicialis & extraiudicialis, eius, quod olim in iure deferebatur, peti poſſe videtur. Plane in iudiciali facile hoc admiſero, quod iuxta ſupra notata extraordinarium magis & irregulare eſſe videtur.

Imo etſi reus.] Vix admittendum puto, quod Treut. hic affirmat, reum cui iuramentum delatum fuit, & qui eo recuſato viam probandi elegit, poſtquam in probationibus defecit ad iuramentum antea delatum regredi poſſe: propter textum *in l. 5. §. vltim. hoc t.* vbi traditur, eum qui non iurauit, neque iuramentum ſuſcepit, ſine noua delatione iurare non poſſe. Niſi forte hoc accipit de iure Saxo. licet apud citatũ Kõnig *cap. 66.* ea de re verbum nullum. Nec minus illud mihi ſuſpectum eſt, quod vbi reus etiam viam probandi, elegit actorem ad probandum amplius admitti negat: quippe cum & ratio repugnet æqualitatis, & cum probationis poſtlitem demum conteſtatam fiant, iure noſtro ciuili in caſu iudicialis iuramenti delati antequam illud præſtitum eſt, ius reuocandi & ad viam probationis reuertendi integram eſſe actori, docet *l. 11. C. h. t.*

Illud vniuerſaliter verum] Affirmat in genere, quod facultas iurandi tranſeat in hæredem. Nõ bene, vel quia vnus alio ad iurandum procliuior eſt, vel quia ratione ſcientiæ plurimum inter defunctum intereſt, & hæredem, quod docet *l. 12. in pr. C. h. t.* itaque iniuria fieret deferenti ſi alterius iuramento ſtare cogatur. Et Mynſing. citat. loquitur in terminis, quibus per procuratorem iurari poteſt: in cæteris allegatis error eſt Typographi, quoniam hac de re *in l. vlt. h. tit.* in qua etiam nullus § incipit, hoc iudicium, nihil tradunt Dd *ſed in l. vlt. §. hoc iudicium, ne quis eum qui in ius, &c* vbi tamen nihil eſt, apud Barr. & Caſtrenſ. Bald ſimpliciter poſt gloſſ. ait, quod facultas iurandi, quæ competiit defuncto, tranſeat in hæredes. Sed Iaſ. ibidem plenius hanc rẽ tractat. & aliquot rationibus præpoſitionem illam impugnat, & tandem reſtringit ad iuramentum, a lege vel iudice delatum, ſi tamẽ hæres, eandem rei notitiam habeat, (& omnino periculoſum eſt, quod de iuramento credulitatis à Treurl proponitur.) Falſam autem eam propoſitionem affirmat in iuramento delato ab homine, quod hic certæ perſonæ ſpectauerit conſcientiam, quæ non ead ſit in hærede. Illa alia quæſtio eſt, quam etiam attingit Mynſ. an mors ſit loco iuramenti, id eſt, an ſi quis poſt iuramentum delatum & ſuſceptum mortuus ſit, illud pro præſtito habeatur, quæ ex communi Dd ſententia affirmat *Gail. 1. obſeru. 43.* quod ego tamen partim ob malitiam hominum, partim propter mortem ſæpe ex improviſo oblatam, ſimpliciter probare non poſſum.

Digitized by Google

THESIS XI.

Lit B

Mala eſt oppoſitio in deſcriptione ſpecierum in th. *quanti in litem*, & *quanti res eſt*: ſiquidem has ſpecies duas ſub commune genus iuriſiurandi in litem ipſe refert, & lit. A communem notationem proponit, vt proinde etiam iuramẽtum quanti res eſt, oporteat eſſe in litem. Quin imo etiam per iuramentum quod affectionis dicitur, iuratur quanti res eſt, licet nõ æſtimatione cõmuni, ſed iurantis; & neceſſum eſt quacunq; ſpecie huius iuriſiurandi res æſtimetur, condemnationem fieri, quanti in litem iuratum eſt. Exiſtimo autem appellationes illas *affectionis & veritatis*, quibus docendi cauſa Dd. vtuntur, commode retineri & defendi poſſe. ſiquidem in caſu quo coercetur dolus & cõtumacia rei, quo in infinitum iurari poſſe ICti tradunt, conſtat indulgeri affectioni iurantis Alterius ſpeciei exemplũ ſumitur ex *l 5.§ vlt. de in lit iurando*. vbi homo promiſſus poſt moram ante litem conteſtatam interiit. Qua in re ſubtilem agit *A. Fab.* 16. *coniect. c.* 1. & 11. & *decad.* 17. *error.* 8. vbi negat, hoc iuramentum dicendum eſſe veritatis, ſed potius neceſſitatis, ſiquidem hanc rationem eius deferendi ibi reddit ICtus quod iudex aliter rem æſtimare non poſſet. Scilicet conſtat in iudicio ſtricti iuris, vbi de re æſtimanda quæritur, ſpectari tempus litis conteſtatæ. Et ſi igitur homo ex ſtipulatu debitus poſt moram, & ita perpetuatam obligationem ante litem conteſtatam deceſſerit, æſtimatio vera ad tempus litis conteſtatæ, quo homo amplius non exſtitit, à iudice fieri nequit: quæ neceſsitas hoc expreſsit, vt actori iuſiurandum deferretur Ex quo concludit Faber, nunquam iurari poſſe in litem, quin aliquo modo affectioni iurantis indulgeatur, & proinde ſimpliciter verum non erit, quod Treutler ait, hic æſtimari rem, quanti reuera eſt. Quæ licet ita ſint, attamen oppoſitiue ad alteram ſpeciem, quod affectionis nuncupatur, hoc iuramentum veritatis non abſurde dici poteſt, quoniam huic non dolus vel contumacia rei, ſed ſolus interitus rei debitæ poſt ſimplicem culpam vel moram locum facit, neque actori pro libitu & in infinitum iurare permittitur.

Ius actoris in re petita.] Vt videlicet ſit dominus, qui propter dolum & contumaciam rei, inuitus re ſua carere, & eam quaſi vendere cogitur: ex quo probabilis fit eorum ſententia, qui in actione ex empto in litem iurari negant Duar, *ti. d. in litem iurand* *A. Fab.* 6. *coniect.* 17.

Lit C.

Quod deferre iudex cogitur.] Repugnat huic aſſertioni textus expreſſus *in l.* 4. §. 2. *d in lit. iurand.* ibi, *qui poſſit iuſiurandũ nõ deferre, & in l* 5. §. 1 *eod.* ibi, *licuit enim & à primo nec deferre* Et deceptus videtur Tr. *l.* 4. §. 1 *eod* vbi dicitur, quod iudicem hoc iuramẽtum deferre oporteat: quibus verbis hoc iuramentum opponitur voluntario & extraiudiciali, de quo tit præced.) & à parte defertur parti) & hoc ſignificatur, ſi rite præſtari debeat, à iudice, non à parte delatum eſſe oportere.

Lit. D.

Ait in Th. quod hoc iuramentum nulli deferri poſſit, niſi qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt: & in exegeſi ſubiicit, modo conſentire poſſit. Quæ limitatio non neceſſaria eſt, quia non poterit non conſentire, qui litem ſuo nomine eſt conteſtatus.

Lit. E.

Vnde nec mater pupilli.] Non ſatis animaduerto, quomodo in ſpecie ad matrem pupilli inferat: neque illud ſatis bene, quod negat admitti matrem iurare paratam: quia prius eſt vt quæratur, an ex ratione iuris deferri poſſit hoc iuramentum, antequam de parato ad iurandum diſputetur. Porro ex duabus ſubiectis limitationibus, poſterior, *ſi tutorem ſuſpectum poſtulauerit*, neceſſario præſupponit, quod in iudicio ſuſpecti iurari poſſit in litem. Quod mihi dubium eſt, ſiquidem in accuſatione ſuſpecti de remouendo & puniendo tutore tractatur non de aliquo reſtituendo, quo demum caſu de iuramento in litem diſputari poteſt.

Lit. F.

Tutores tamen.] Conſequens hoc eſt illi, quod iã de matre pupilli tutelã gerente dixerat lit. E.

Sed quid de muliere.] proponit hic quæſtionẽ, an mulier ex ratione iuris Saxon. per procuratorem ad litem iuramentum delatum vel relatũ præſtare poſſit. Vbi omnino abſurde occaſione iuramenti in litem ad tractationem diuerſiſſimam de curatore ad litem delabitur & inſuper, quoniam in hac ſpecie iuramenti nulli relationi locus eſt & iudex hoc tantum defert, præter omnes methodi leges, quæſtionem de iudiciali & voluntario iuramento proponit. Cæterum non difficilis hæc quæſtio videtur, quod ſiquidem pars ipſam mulierem iurare velit, eo quoque modo præſtandum eſt: cæteroquin ipſi curatori delatum, & ab eo ſuſceptum & præſti-

tum,

Digitized by Google

tum, procul dubio proderit mulieri & ad agendum & ad accipiendum.

Interim non obſtante] Affirmat Tr quod eiuſmodi curator ad litem ſine ſpeciali etiam vxoris mandato iuramentum deferre poſſit. Quam ſententiam falſam eſſe non dubito, cum hic curator tantum detur ad litem, adeoque longe minus iuris habeat, quam alius curator vel tutor, qui niſi deficientibus omnibus aliis probationibus iuramentum deferre non poſſunt: quin imò magis eſt, vt non curator, ſed huius conſenſu minor iuramentum deferre debeat: idque hic quoque ſtatuemus, vt mulier deferat conſenſu curatoris ad litem, cuius actionem rem tendi, quod fit per delationem iuramenti, conceſſu non eſt,

THESIS XII.

LIT A,

In actione ex empto non recipitur] Attingimus aliquid Theſi præced. Aff ſententiam, quod etiam in hac actione in litem iuretur, communem eſſe teſtatur *Menoch caſ* 207 *num*, 28 vbi tamen ipſe hoc in medio relinquit. Sed pro negatiua faciunt hæ rationes, primo, quod emptor non eſt dominus, imò agit contra dominum: ex quo differentiæ ratio, inter actionem depoſiti commodati, &c. 2. quia actio empti natura ſua eſt ad intereſſe, quibus caſibus non pars, ſed iudex intereſſe æſtimat, quo pertinet *l. 4. C. d. action. empt. & in l. 3 de in litem iurand.* ex accidenti venit intereſſe, 3. quia in litem iuratur, vbi res æſtimanda eſt, atquin res empta iam ſatis & ab ipſis contrahentibus æſtimata eſt, & poſſit emptor eſſe ſuſpectus, rem æſtimans maioris, quam in contractu æſtimata fuit: quanti autem intereſt, rem traditam non eſſe, ad iudicem æſtimare pertinet. 4. quia iuramento huic tantum locus eſſe videtur, vbi de re, quæ a me ad alium peruenit, agitur reſtituenda.

LIT. E.

In ſtrictis iudiciis non item.] Ratio deſumi poteſt ex præcedentibus, quia in his agit qui dominus non eſt. Quod autem ſubiicit, diſtinctas eſſe arbitrarias actiones à ſtricti iuris actionibus, vt ab hoc loco alieniſſimam hic attingendum non eſt.

Nec excludimus latam culpam.) Pendet hoc ab æquiparatione huius culpæ cum dolo paſſim iure noſtro tradita. Et exiſtimabam quidem aliquando exæquationem iſtam tantum habere locum, vbi de ſimplici præſtatione eius quod intereſt, vel nobis abeſt, tractatur: ſed video latius illam æquiparationem porrigi, & etiam in caſu actionis pœnalis dupli locum habere. *l. 1. § non alias. 2 ſi is qui teſt liber eſſe, &c.*

Iuramentum à defuncto) Error hic typographi eſt, & expuncta particula a legendum eſt, *iuramentum defuncto dum viveret oblatum, ſed non præſtitum, hæredibus deferri opus non eſt.* Quæ verba, ſi accipiantur prout iacent, hoc ſignificare videntur, quod facultas iurandi citra nouam delationem tranſeat in hæredes: quod iam ſupra *ad th. 10 in f.* refutatum eſt. Sed ex allegato Gail. hoc Tr. dicere velle apparet, quod iuramentum ſuſceptum, (proinde non recte, delati tantū facit mentionem Tr) ſi mors præueniat præſtationem, pro præſtito habeatur, ita vt ſimpliciter ſecundum hæredes ſit pronuntiandum. Sententiam eam *ad d th.* 10. in dubium vocauimus, & ea tamen admiſſa, male hoc iuramentum in litem accommodatur, cum ex ratione adducta ad Gail quod nemo præſumatur immemor æternæ ſalutis, hoc ſit generale, & ut generale proponatur *à Gail. d loc & Mynſ. 1. obſ. 13.* cum etiam in iuramento in litem non niſi in caſu tationi præfinitæ à iudice certæ quantitatis, locum habere poſſit: quod, alias cum ignoretur, quanti defunctus fuiſſet res æſtimaturus, iuramentum pro præſtito nullo modo haberi poſſit. Cæterū præter ea, quæ *ad th. præced 10.* contra hanc ſententiam in genere acceptam notauimus, illud inſuper mouet, quod nō ex ſuſcepto, ſed ex præſtito iuramēto actio & exceptio naſcitur & quod etiam eum qui ſuſcepit, antequam præſtetur, pœnitere poteſt: & quidem ex ſententia Tr. in iudiciali, & magis etiam neceſſario ſi iurare velit, omni modo autem in iuramento ad litem ſi actor communi æſtimatione velit eſſe contentus: ex quo etiam reſponderi poteſt ad rationem Gail. quod nemo præſumatur mori velle in peccato: quæ etiam alias non concludit, quod ita non minus ſecundum eum, qui ante ſententiam deceſſit, fuerit pronuntiandum, & hoc vtique ſufficere non poteſt, vt reus cauſā amittat: quin imo reo iniuria fiet, ſi contra conuentionem & non præſtito iuxta delationem iuramento, ipſe cauſa cadat. Et facit huc etiam *l. 12. in pr. C h tit.* ex qua non obſcure probatur, hæredem ne volentem quidem iuramentum defuncto delatum & ab hoc ſuſceptum ſine noua delatione præſtare poſſe: ideoque multo minus ſuſceptum pro præſtito habetur.

Lit. G.

In rebus certam æſtimationem non habentibus.] Nō ſatis intelligo, quodnam genus rerum hinc excludat, ſiquidem excepta pecunia numerata nulla res eſt, quæ perpetuo certam habeat æſtimationem: quod ſi intelligit res, quæ communem habent æſtimationem, nimis & contra iura hoc iuramentum reſtringet: plane in omnibus rebus, in quas affectio cadere poteſt, aliis requiſitis poſitis, huic iuramento locum eſſe, recte ſtatuemus.

In actione ex edicto.] Explicandum hoc eſt ex *l. 5. §. 1. ne quis eum qui in ius &c.* vbi docet ICtus, quod actione illa in factum non contineatur, quāti res eſt, ſed quanti ab actore æſtimata eſt, videlicet, vt recte ibi notat gloſſ. per iuramentum, quo ſemper opus eſt, vbi ab ipſa parte res venit æſtimanda.

De Iure Saxon]iuramentum illud, de quo *in l. 9 C. vnde vi.* affinitatem quidem habet cum hoc iuramento in litem, ſed hactenus diuerſum, quod non tam indulgetur affectioni ratione rei certæ, quam ratione rerum plurium, quas ſibi ereptas & damnorum datorum quæ ſibi illata eſſe actor contendit. Illud non ſatis capio, quāobrem dicat, notandum eſſe hanc regulam generalem, quod aduerſarius contracto iuramento poſſit diminuere quantitatem iuramento taxatam, cum tamen ipſe hoc referat ad ſpeciale iuramentum, de quo *in l. 9. C. vnde vi.* & Piſtorium ita reſtringentem probet. Sicut & illud non ſatis capio, quod iuramentum hoc non ad damnum, ſed proprie ad res non extantes pertinere ait, cum tamen & ſumma ratio ſuadeat, damnorum quoq; habere rationem, & nominatim de damnis etiam conſtitutio *d. l. 9.* loquatur.

THESIS XIII.

Lit. A.

An omnibus iudiciis.]Obſcurum & ambiguum hoc eſt quo ſenſu iuramentum veritatis in omnibus iudiciis interponi dicat. Equidem in iis iudiciis, in quibus iudicis eſt rem æſtimare, non poteſt huic iuramento locus eſſe. Deinde ſi quærimus de natura huius iuriſiurandi, quatenus iuxta ſupra tradita neceſſitatis eſt, neque affectioni indulgetur, illud tantum locum habet in iudiciis ſtrictis, & nec his quidem ſemper, ſed vt eſt in *l. 1. §. vlt. h. t.* interdum cæteroquin illud expeditum, eſt, quæ etiam in bonæ fidei & arbitrariis iudiciis, licet contumacia rei interueniat, actor iure ſuo non vti, & ſimplici æſtimatione rei contentus eſſe poſſit.

Lit. D.

Retractari ob periurium poteſt.] Dubiam hanc ſententiam facit, quæ in iure noſtro pro regula traditur, prætextu periurii cauſam deciſam iuramento retractari non debere. Quod ſi iuramentum ſuper principali præſtitum non retractatur, multo minus retractabitur, quod ſuper nuda æſtimatione præſtitū eſt. Licet enim hoc differentiam faciat, quod multum interſit, an ex conuentione partium, an à iudice iuramentum deferatur: attamen ex aduerſo facit, quod cum iuramentum hoc ſit neceſſitatis, & ſuper vera æſtimatione rei præſtitum, magnopere pars aduerſa læſa eſſe non poſſit: eaque ſentētia eſt *l. vlt. d. in l. iurand.* non facile hoc caſu quæri de periurio eius qui ex neceſſitate iuris in litem iurauit: quæ verba à contrario ſenſu arg. præbent, facilius tractari poſſe iuramentum affectionis: quod tamen male negat hac ipſa Tr. Enim verò idoneam differentiæ rationem non animaduerto, quin facilius debet de periurio quæri eius, qui ex affectione ſua rē nimio probaſſe æſtimari poteſt: licet hæc ratio ſit, quod coerceatur ita dolus rei, citra quem iuramentum veritatis deferri poteſt.

Intellige hoc totum.]Quod de retractione iuramenti veritatis dixerat, ita limitat, modo reus de priuato damno laboret. Quæ limitatio nulla eſſe videtur, quia fieri nō poteſt, ne reus de priuato damno laboret: cum ex alia cauſa retractatio peti nequeat, niſi quæ actor æſtimatione ſua veri rei pretium; vltra quam par erat, exceſſit.

Licet ex magna cauſa.] Ait iudicem poſt delatum & præſtitum iuramentum poſſe reum minoris condemnare, aut prorſus abſoluere ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus, quod licet ita tradatur in *l. 4. §. 4 d. in lit iurand.* dubio tamen non caret, ſiquidem propter dolum & contumaciam rei in litem iuratur, in cuius pœnam indulgetur actori, vt etiam iuret in infinitum: vt proinde non appareat ſatis, quænā illæ ſint cauſæ & probationes, ob quas retractetur hoc iuramentum cui retractationi refragatur ratio iuris, vtcunque duplo amplius rem æſtimauerit actor. Cæterū ſi hoc admittimus, nihil video, quo minus eo quoque caſu obtinere debeat contra Treutler. quo, præcedente taxatione iudicis iuratum eſt: cum lapſus ille vel error iudicis non debeat nocere reo, & nec quidem impedire poſſit, quo minus ex magna cauſa & ob probationes contrarias idem quod in caſu

Digitized by Google

in caſu præcedenti obſeruetur. Nec obſtat *l. 9. C. unde vi*, vel quia ſtarutum in caſu ſpeciali extendi non debeat: vel quia regula non tollit exceptionem, quæ *in d. l. §. 4.* de in litem iurando proponitur. Cæterum totum illud quod *in 4.* tum de retractatione, tum de taxatione iudiciis proponitur, non immerito ad rationem iuris antiqui eſt *Ant. Fabro deciſ. 18. err. 9. & 16. coniect. 17. & in lib. 18. in pr. d. dol. mal.*

Vbi ait poſt iuſiurandum.] Proponit hic ex Pacio de iuramento præſtito ſuper impenſis. Verum non ſatis animaduerto, quomodo iſtud iuramentum huc pertineat, quod vtique in litem dici non poteſt, & cum eo iuramento, de quo agitur, & quod ipſa introduxit neceſſitas, male coniungitur & confunditur.

Ad.

DISPUTATIO. XXII.
DE CONDICTIONIBVS EX PROMVTVO.

THESIS I.

LIT. A.

PRroponit initio in exegeſi, quod condictio hæc tam ex proprio, quam ex improprio contractu competat. Vbi argum eorum quæ tradit lit. C. th. 2. per improprium contractum videtur intelligere contractũ innominatũ: minus recte, quia hic contractus proprius eſt, & improprii dicẽdi ſunt, quaſi contractus. Verũ vtcunq; hic accipiatur, non recte dicitur oriri has condictiones tam ex proprio &c. quoniã reuera ex quaſi contractu ſunt. Licet enim aliquãdo ex cauſa nominati etiam cõtractus condictioni eiuſmodi locus ſit, vt in ſpecie *L. 15. §. 6. Locati* ea tamen non deſcendit recta ex ipſo cõtractu, ſed ex tacita aliqua cõuẽtione, quæ propter naturam contractus ineſſe videtur. Et quod condictio cauſa data, de qua in *d. §. 6* tractatur, ex contractu nominato non deſcendat, inde perſpicuum fit, quod iſta condictio datur ex capite pœnitentiæ & caſſationis, ex capite autem neutro agi poteſt in contractibus nominatis, in quibus nec locus eſt pœnitentiæ, & ſi ex altera parte conuentis non ſtetur, non repetitur quod datum eſt, ſed ad implendum contractum agitur. Cæterum de vera cauſa huius condictionis, agemus th. 2. lit. C.

Eam generalem vocat.] Et ſubiicit rationem, quod ex omnibus contractibus generalem promittat actionem. Quod inconcinne dicitur, cõdictionem promittere actionem: neque ſatis vere, per paulo ante notata. Cæterum de condictione generali & ſpeciali actum eſt diſput. 20. theſ. 10.

LIT. B. & C.

Inſtituit hic comparationem condictionis ex indebito & mutuo, ita vt indebitum in genere ſumat, quatenus omnes ſpecies ſequentes comprehendet, vt patet ex notatis lit. C. Non recte, quia v. c. quod tanquam ex turpi cauſa, aut propter cauſam datum condicitur, cum mutuo vix ac ne vix quidem comparari poſſe videtur: vt proinde titulus, quem huic diſputationi præſcripſit Tr. de condictionibus ex promutuo, probandus minime videtur, & ipſe Cuiac. mutuum cum indebito in ſpecie ſumpto cõparat, & quidem ita demum, ſi ſolutæ fuerint res, quorum datione incréditum itur. Qua de cauſa minus recte Tr. lit. C. comparatiue loquitur *eoque magis ſi res fungibilis, &c.* quia niſi eiuſmodi res ſolutæ proponuntur, vix admittenda eſt comparatio cum mutuo. Et illa ſane omnino cum mica ſalis accipienda eſt, & hactenus vt *Iaſ. ait in addit. ad per c. in §. 1. I. quibus mod. re contr. obl.* quo ad ſubſtantiam obligationis & effectum exactionis: quod perinde atqui mutuum accepit, ita qui indebitum accepit, errore probato rem cuius dominus factus eſt, cogitur reſtituere, cæteroquin lata eſt inter hæc differentia.

LIT. E.

Quam hic pro fine.] In hac condictione cauſa non recte accipitur, pro fine & conditione: quia cum conditio omnis ſit vel reſolutiua vel ſuſpẽſiua, neutrum huc accommodari poteſt: & vix hæc ſimul conſiſtere poſſunt, vt ſit finis ſimul & conditio: Et ſignificatur omnino hic cauſa finalis. Cui non obſtat *l. 52. l. 65. §. 3. d. condict. indebit. l. 13. d. condit. & demonſtrat.* Quia reſpondeo 1. verbum, *cauſa*, ſumi & in ſpecie, quommodo in præteritum refertur, & in genere, quo ſenſu idem eſt ob rem dare, & ob cauſam dare, *arg. l. 52. d. condict. indeb. 2.* vbi agitur de condictione indebiti, cauſam accipi de præterito, quia ſolutio fit ex cauſa præcedenti, quomodo & in legatis, cum refertur inter ea, quæ legatis adiiciuntur *§. longe magis 31. Inſt. d. legat.* Et huic conuenit, quod ipſe Treutl. hac lit. E. in pr. hoc ita explicat, *ſi detur vt aliquid fiat.* Vbi quod ſtatim ſequitur, à Bald. & Iaſ. hoc etiam ad cauſam præſentẽ

extendi, obſcurum videtur, ita vt autores illi non recte à Treutl. accepti videantur. Nimirum *Bald in l. ſi procuratori 14 d. condict. cauſ. dat. column. 4. in principio.* notandum eſſe ait, quod illa cauſa dicitur de futuro, quæ habet in ſui eſſe pendentiam, non quæ eſt de præſenti: quod ita accipit *Iaſon. in l. 1. h. t.* ad quod vt datum ob cauſam repeti poſſit, requiri, vt illa cauſa habeat dependentiam talem de futuro, quæ de præſenti non poſſit impleri. Vbi tamen Iaſ. hanc ſententiam improbat, *per d. l. 1. h. t.* in cuius ſpecie cauſa talis ſit, quæ ſtatim poſſet impleri, videlicet vt quis eſſet hæres. Verũ hic intereſt, an detur aliquid vt accipiẽs aliquid faciat, an vt dãs aliquid facere poſſit. Illo caſu cauſam talẽ eſſe oportet, quæ futurum reſpiciat, licet ſtatim poſtquam res data eſt, impleri poſſit, veluti ſi dem decẽ Titio, vt adeat hereditatem. Hic autem caſus proponitur *in l. 1. §. 1 h. t.* ſi inſtituturus ſim ſub conditione dandi decẽ Titio: & hic hactenus eadẽ ratio eſt, vt cauſa propter quam datur, reſpiciat futurum, poſſit tamen re data ſtatim impleri. Et ex his explicandum eſt, quod ſtatim ſequitur apud Tr. nihil intereſſe, an cauſa pendeat ex voluntate dantis necne: quoniam hoc pertinet ad caſum iſtum poſteriorem, vbi datur, vt ipſe dans aliquid facere poſſit: aliàs impletio non poteſt dici pendere à voluntate dantis, niſi quatenus hic præuertendo & pœnitendo efficere poteſt, ne alter implere queat. Quod autem de ſcelere dantis dicitur, ſumptum videtur *ex l. 2. h. t.* & ita ius eſt, vt qui in ſpecie iam dicta implendæ conditionis cauſa, ſub qua legatum accepit, aliquid dedit, duobus caſibus repetere poſſit, ſi legatum vltro repudiet, & ſi, vt maxime velit legatum petere non poſſit *argument. l. 6. 5. § 3. d condict. indeb. l. 1. § 1 cum l. ſeq. d condict. cauſ. dat.* cui poſteriori caſui additur exceptio *d. l. 2.* niſi ipſius dantis culpa factum ſit, vt teſtamentum rueret, & ita legatum peti non poſſet.

Quod ſi impoſſibilis.] Quæri potius debebat, de cauſa impoſſibili. Diſtinguit autem Treutl. an ſit impoſſibilis de iure an facto. Illo caſu ceſſare condictionem, quia ſit turpis cauſa. Quod ita limitandum, ſi talis ſit natura ſua ex ſe & ſemper: ſecus ſi res per ſe licita perſonæ alicuius reſpectu prohibita ſit veluti exercere procurationem, quod quia per ſe licitum, & in milite ſaltem prohibitum, condictioni locus eſt *l. 5. Codic. d condict. ob cauſam.* Hoc caſu vbi de facto impoſſibilis eſt, ſubdiſtinguit Treutler. an dans ſciuerit impoſſibilem eſſe, & per modum cauſæ vel modi dederit, an vero vt conditionem adiecerit. Illo caſu ceſſare condictionem, hoc verò condictioni locum eſſe. Prius illud liquidum eſt, poſterius dubium: primo non recte adhuc accommodetur, ſi per modum conditionis hoc factum proponas, veluti do tibi centum, ſi cœlum digito attigeris. Quo caſu ſiquidem ex conditionis natura hoc diiudicamus dominium rei tranſlatum non eſt, ſed ipſa datio quaſi pendet, ſicut de mutuo ſub conditione dato reſponſum eſt *in l. 8 d. reb. cred.* exiſtente conditione naſci obligationem: adeoque deficiente nulla obligatio erit: & porro cum deficere conditionem hic conſtet, dominio non tranſeunte in accipientem, nulla condictio, ſed rei vindicatio erit. Atqui non videtur hæc res ad naturam aliarum conditionum æſtimari poſſe: quia conditio quam certum eſt non extituram, actum ſuſpendere non poteſt: eoque fiet, vt datio habeatur pro pura, & qui dedit, cum ignorare non poſſit rei impoſſibilitatem, donaſſe cenſeatur, neque aliud erit, ſi quis alteri dederit, *vt digito cœlum contingeret*: qua de cauſa contra Treu. condictionem non admittam; & fruſtra adducitur *l 5 C. d condict. ob cauſ* vbi tractatur de cauſa quæ non facto impoſsibilis, ſed iure & quidem tantum ratione perſonæ prohibita eſt, veluti, vt miles ſit procurator. In cæteris quoque allegatis impingit Treutl. nam & *l. 8 h. tit in pr.* non recte videtur reſtringi ad caſum, vbi conditio impoſsibilis per modum cauſæ adiecta eſt, cum textus generaliter loquatur, & gloſſ: *in dict. l. 5* tractat de conditione, quæ de iure non facto impoſsibilis eſt, in qua alias conſtat condictioni locum eſſe. Cæterum *Bart. in ead leg. 5.* nihil habet pro Treutl. ſed in *l. 8.* diſtinguit, & quidem circa conditionem de iure reſpectu perſonæ impoſsibilem, an ſcienter an ignoranter datum ſit. Et illo caſu an per modum cauſæ, vt tum non detur condictio, an ſub forma conditionis.

LIT. F.

Ex contractu innominato.] Ita quidem vulgo tradi ſolet, condictionem cauſa data eſſe ex cõtractu innominato, do vt des, vel do vt facias. Verum ſubtiliter loquendo ex ipſo hoc contractu recta deſcendere non poteſt, tum quia tendit ad eius diſſolutionem, tum quia datur præter illud, quod in conuentionem expreſſe deductum eſt, videlicet vt detur vel vt fiat: quod ipſum non obſcure docet ICtus *in leg. 5. § 1. d.*

pr.

præſcriptis verbis. vbi ait, in actione contractus ipſius non venire, vt reddatur quod datum eſt, ſed vt intereſſe præſtetur. Et ita omnium res habet, vt quemadmodum in ſolutione indebiti, de quo infra theſ. 4. ita in datione hac duo agantur, alterum expreſſe, vt aliquid detur vel fiat, quod conſtituit contractum verum, alterum tacite, vt ſi non fiat, de quo conuentum eſt, rem liceat repetere, quæ tacita conuentio quaſi contractum conſtituit, ex quo hæc condictio deſcendit.

Quod de datis dicitur.] Ait quod receptum eſt, vt data condicantur, idem vtilitatis gratia, & benigna iuris interpretatione receptum eſſe in cautione, vt liberatio condicatur. Sed non video, cui hoc tribuatur æquitati, & quænam illa lex ſit, quæ benigne explicetur: quia exiſtimo condictionem illam datorum non ex lege aliqua: ſed diſputation ICtorum introductam eſſe: aut non minus condictio cautionis quam rei erit ex lege, quia regulare eſt, vt condictio tanquam genus diuidatur in certi & in incerti: quarum ſpecierum idem ius & ead. ratio eſſe videtur.

Item in acceptilatione.] Diſtinguit ita, ſi accepto latum ſit ob cauſam, an debitum fuerit purum, an in diem vt illo caſu ipſa pecunia repetatur, hoc verò obligatio, vt debitor in priſtinam obligationem reponatur: quæ diſtinctio eſt *gl. & Bart. in l. 4. h. t.* quam facile admitto in mēbro poſteriori, ſed in priori vbi debitū purū eſt, vix putarim negari poſſe, quin etiā ipſo iure obligationis condictio competat, quod videtur probare *ex d. l. 4.* quam ipſe Accurſ. & Bart. accipiunt de cond. incerti obligationis vel liberationis, & tamen contra generalitatem verborum ad condictionem in caſu debiti conditionalis, ſiue in diem reſtringunt. Et adeo dixerim, in arbitrio fuiſſe acceptum ferentis, etiam in caſu debiti puri, vel condictione incerti experiri, vel omiſsis ambagibus, condictione certi, quod accepto latum fuit repetere, ex ratione *l. 10 h. t.* facit *l. 9 §. 7. quod met. cauſ.* ibi, *niſi vel ſoluatur, vel reſtituta obligatione iudicium accipiatur.*

Lit. G.

Differt ergo] Præcipua differentia eſt, paulo ante notata, à cauſa efficiente, quod condictio ex quaſi contractu actio præſcriptis verbis ex vero contractu deſcendit.

THESIS II.

Lit. A.

Repetimus autem.] Duo ſunt capita, ex quibus hæc condictio datur, alterum ex parte debitoris, ceſſatio, alterum ex parte creditoris, pœnitentia.

Vnde ſi ob caſum fortuitum.] Affirmat indiſtincte Treutl. ſi caſus fortuitus impediat cauſam impleri, condictionem ceſſare: per *leg. penult. C. h. t.* (vbi Pacius variis variorum caſuum diſtinctionib. rem magis confundit quam explicat.) *lib. 5. in pr. h. t* ibi, *& cum per te non ſteterit l. 8. C. eod.* ibi, *cum poſſet non paruit l. 3. §. 3. eod.* vbi traditur pecunia data, vt ſeruus intra certum tempus manumittatur, ſeruo ante id tempus defuncto ceſſare repetitionem: & facit quod nihil hic imputari poteſt debitori, qua in re cauſa differt à conditione *l. 4. C. h. d. condict. inſert.* Quæ licet ita ſint alii textus tamen alii vocant, & *Donell. 14. comment 21.* directo contrarius, etiamſi caſus fortuitus interueniat, repetitioni locum eſſe putat 1 quia liceat pœnitere, 2. quia abſurdum videtur, eum, qui quid dedit re ſua carere, nec tamen illud, de quo conuenit fieri: Nihil autem intereſſe videtur, an illud ſine culpa ſiue caſu non ſequatur: Neque enim æquum eſt, cum qui ſub illa conditione dedit verſari in damno. 3. *per l. vltim. d. condict. cauſ. dat* quæ condictionē pecuniæ, datæ, vt Stichus daretur, mortuo Sticho concedit *4. per l. 5. § pen eod.* vbi condictioni locus eſt, ſi ſeruus fugerit, ob quem manumittendum pecunia accepta fuit. 5 Adducit Donel. *l. 1. & 5. C. d condict ob cauſ. l. 15 §. item cum 6. D. locat.* variæ diſtinctiones hic adhibentur & *Cynus cum gloſſ. in l. 5. h. tit.* quæ plenius diſtinguit *in l. ex cond. 15. §. Item cum quidam Locati Br & Bl. in d. l. 5. in pr. in l pen C h t.* diſtinguit, an caſus fortuitus contingat in perſona dantis, ad quem caſum refert *dict l. pen* an in perſona accipientis, quo caſu condici poſſe putat: verum apparet, hanc diſtinctionem omnibus textibus accommodari non poſſe. Dici i poteſt intereſſe, an cauſa, ob quam datum eſt in facto conſiſtat & quidem tali, quā magis cauſa tertii quam dantis ſit adiectum, an vero in dando aut etiam in tali facto quod commodum dantis principaliter reſpiciat. Illo caſu putem caſum fortuitum condictionem impedire, ſecundum *d l. penult C hoc tit.* quia nullum reuera videtur damnum ex parte dantis qui alium magis reſpexit, & cuius factum impleri non adeo multum inter fuit, præſertim ſi factum

Digitized by Google

ctum tale proponatur, quod fuit in poteſtate accipientis, vt notat Accurſ. *ad. d. l. pen.* quia hic dicitur recte non ſtetiſſe per accipientem, quem caſus ſuperueniens impediuit, cum præſertim ipſa lege conuẽtionis poteſtati accipientis à dãte fuerit commiſſum. Neq; obſtabit, quod ſeruo mortuo, qui manumitti debuit, condictioni locus eſt *l. 5. §. vlt. h. t.* quia interitus ille naturalis eſt, ex quo aliàs res domino peritura fuiſſet: qua de cauſa etiam ICti de hoc caſu tractantes, limitationem adiiciunt, *niſi dominus ſeruum aliàs diſtracturus fuiſſet*, quo caſu condictioni locum fore negant *l. 5. §. 4. h. t.* Poſteriori verò caſu magis videtur condictioni locum eſſe debere, quod ſcilicet commodum ſuum ſpectauit, qui dedit & compenſari id, quod dedit impletione cauſæ voluit: maxime ſi nullum incõmodum ſenſerit accipiens, alioquin huius cauſa potior erit, ne in damno verſetur, maxime ſi cauſa adiecta natura ſua pendeat à caſu, vt *in l. 4 Codic. d. condict. in ſert, iunct. l. 3. §. 3. l. 6 d. condict. cauſ. dat. 2.* diſtinguendum, an caſus fortuitus ſit abſolute talis, an tantum in perſona accipienti. Hoc caſu condictioni locum dabimus: veluti ſi decem dedero, vt merces meas tranſuehas, etiamſi tu caſu fortuito nauem, quam vnam habebas, amiſeris, quod dedi condicam; quia ſcilic. alii etiam naues habent, & ego non hanc vel illam nauem, ſed ſimpliciter vecturam intuitus ſum: illo caſu ceſſabit condictio verbi cauſa, ſi accepta pecunia pro mercibus in Angliam vehendis, vexiſti quidem, ſed ventis abreptus portum tenere non potuiſti: ad quem caſum commode reſtringi poteſt *l. pen. Co. h. t.* cum qua diſtinctione conuenit illa, vt interſit inter facta, quæ ſi operam accipientis deſiderent, & hic operam addiderit, caſum fortuitum impedire condictionem: ſecus ſi aliàs aliquid ſuperuenerit, quod etiam referri poteſt ad facta, quæ citra aliquam induſtriam aut laborẽ fiunt, velut manumittere ſeruum, niſi accipiens ſeruum fuiſſet diſtracturus. 3. dicendum eſt propter diuerſitatem factorum & caſuum, vix poſſe hoc certa regula definiri, & ideo rem hanc plerumque ex æquitate decidendam, quod quidem ICtos feciſſe arguit *l. 5. in princ. & §. vlt. de condict. ob cauſ.* vt nimirum conſideretur, vtrius cauſa potior ſit, vt ne morari debeat in damno. Plane in Aduocatis ſpeciale eſt, vt quod iis datum eſt, nec ab hæredibus licet cauſa non ſequuta repeti poſſit *l. 1. §. 13. d. var. cogn. iunct. l. vlt. h. t.* quia ꝙ ipſis datur, nõ mercedis aut permutationis gratia, ſed tanquam honorarium dari videtur, de quo etiam actum aliquid ſupra *diſputation. 8.* Et contra hanc ſententiam ita explicatam, parum aut nihil faciunt argum. Donell. & reſpondetur ad primum, quod caſus fortuitus ex hoc fundamento inhibeat condictionem, quia facit vt cauſa pro impleta habeatur, pœnitentiæ autem non niſi re integra locus eſt: ſicut & nihil abſurdi eſt inhiberi condictionem iuxta propoſitas diſtinctiones, quibus expeditur & 1. & 4. obiectio: etenim de tertia petita *ex l. vlt. hoc tit.* poſtea dicemus. Porro *leg. prima: Cod. hoc tit.* parum ad rem facit, quoniam agit de eo nõ qui aliquid dedit alicui, vt nuptias ſecum contrahat, ſed qui matrimonii contrahendi intentione aliquid dedit, quod condici æquiſsimum eſt, ſi matrimonium aliqua de cauſa coire non poſsit. Parũ etiam facit *l. 5. C. h. t.* in cuius ſpecie impedimentum non ſuperuenit, ſed initio adfuit, nec cauſa ibi ceſſat propter caſum fortuitum, ſed propter perſonam accipientis, & impeditur iure, vt proinde pro impleta haberi non poſsit.

LIT. B.

Quod ſi contractus.] Affirmat locum pœnitentiæ non eſſe, ſi contractus ſit confirmatus ſtipulatione iuramento vel tranſactione. De ſingulis videamus. Stipulatione ita firmari contractum hic do vt des, vel do vt facias, intelligi poteſt, ſi vel dans promiſerit, ſe rem non repeiturum, vel accipiens promiſerit, ſed id. de quo conuenit præſtiturum. Vtroque caſu dubitare licet, an ſtipulatio quæ contractus diuerſus eſt, neque inducit nouationem, (aliàs enim vix eſſe dubitandi ratio,) naturam contractus innominati mutare, & vt ne pœnitere liceat, efficere poſsit; cum potius dicendum videatur, eum qui condixit, actione ex ſtipulatu nomine eius quod intereſt, conueniri debere: cæteroquin etiam tentauero, hoc caſu neque ex capite ceſſationis eſſe condictioni locum. Iuramento adiecto eod. modo dici poteſt, firmari contractum, vel quia dans iurauit, ſe non repetiturum, vel quia accipiens iurauit, ſe de quo conuenit præſtiturum; quo poſteriori ſenſu hoc accipit *Accurſius in lege quinta, in princip. hoc titul.* vbi ad illud ICti, quo ait ceſſare condictionem, accipiens neceſſe habeat, præſtare de quo conuenit, adnotat, *neceſſe habere, vt quia iurauit.* Verum cum hoc caſu iuramentum adiectum ſit in fauorem dantis, non animaduerto, quomodo huic propterea eius pœnitendi & condicendi adimi poſsit: cum etiam

Digitized by Google

etiam accipiens nullum incurrat periurium, quo I non ſtet per ipſum, quo minus conuentis ſatis faciat. Priori autem caſu, vt ſit aliquis effectus iuramenti, recte defenditur communiter Dd. ſententia, quam refert & late confirmat *Iaſ. in leg. 5. in princip. hoc tit. col. 8. & 9.* vt dans qui iurauit, vel ſimpliciter ſe contractum ſeruaturum, vel in ſpecie, ſe non repetiturum, ex pœnitentia condicere non poſſit: quem caſum hic tractari à Treur. colligitur ex lit. E, vbi ait ceſſare condictionem, ſi iuratum ſit de non repetendo: in quo tamen odioſa repetitio eſt eiuſdem quæſtionis, quam etiam committit in tertio membro, de tranſactione: nam quod hac lit. B. tradit, ex cauſa pœnitentiæ agi non poſſe, ſi contractus tranſactione confirmatus ſit, nihil aliud eſt, niſi quod tradit D. lit. E. ceſſare pœnitentiam, ſi datum, vt diſcedatur à lite. Cæteroquin minus concinne dicitur hac lit. B. contractus tranſactione confirmatus: & rectius *Iaſon. in l. 5. in princip. hoc tit. col. 3.* in contractibus innominatis, qui fiunt ad finiendas lites, pœnitentiæ non eſſe locum: cuius tamen ibid. propoſitum exemplum minus commodum videtur: renunciatio liti vt pro me Romam vadas.

LIT. C.

Modo denunciauerit.] Videlicet ad hunc effectum, vt exinde accipienti non ſit facultas implendi, cæteroquin re integra etiam citra denunciationem vllam condictio fundata eſt, vt nec ſufficiat conuentum ſe offerre ad implendum contractum: idque eſt quod ait Tr. oblationem non habere vim implendi.

Vnde confirmant.] Probatum eſt *theſ. 1. lit. F.* condictionem hanc proprie & ſubtiliter loquêdo quaſi contractu, & conuentione tacita, quæ contractui do vt des vel vt facias ex præſumpta mente contrahentium ineſt, deſcendere. Ex quo efficitur verum, nec eſſe quod ait Treutl. præterquam quod generalitati *theſ. 1. lit. A. in princip.* repugnat, ex contractu innominato naſci condictionem hanc vbi de re petendo nihil fuerit actum, quoniam etiam hoc caſu ex quaſi contractu eſt. Sequitur ſtatim ibid. quod aliàs, id eſt, ſi de repetendo actum fuerit, ex vero contractu hæc condictio detur. Quod hactenus admitti poteſt, vt nihilominus natura ſua ex quaſi contractu deſcendat: ſiquidem nihil vetat, ea quæ tacite inſunt à contrahentibus exprimi, de quo etiam agitur infra *theſ. 4.* Illud autem vitioſum omnino eſt, quod contractum verum opponit innominato, & ita vbi de repetendo actū eſt, condictionem hanc ex nominato contractu concedit: quoniam expreſſio huius conuentionis contractui nomen dare nequit, neque dubium eſt, quin contractus innominati veri ſint contractus: vt adeo appareat à Treutl. contractum nominatum cum vero male confundi. Cui conſequenter friuole ſibi obiicit textus, quibus negatur in contractibus veris pœnitentiæ locum eſſe: quia hoc nuſquam de contractibus veris, ſed de contractibus nominatis negatur, cum innominati natura ſua pœnitentiam admittant, magis etiam quam quaſi contractus, quod exemplo negotiorum geſtionis, aditionis hæreditatis &c. demonſtrari poteſt: vt proinde etiam nulla ſit reſponſio Tr. fallere regulam, ſi conuentum ſit, vt liceat pœnitere.

LIT. D.

Affirmat hic, vtroque caſu debitoris eſſe periculum, atque ita ſiue poſt ſiue ante moram res interierit, ſubiecta tamen limitatione lit. E. niſi aliud actum inueniatur, veluti, vt in exegeſi. lit. E. ſubiicitur, ſi conuenerit de re data non repetenda: Atqui rationis eſt, vt tanto magis ſit periculum debitoris, ſi creditor repetere non poſſit: etenim ad remotius illud de capite pœnitentiæ, minus commode hoc refertur, licet ea videatur mens Treutl. quod hæc conuentio ad excludendam pœnitentiam interponi intelligitur. Et tamen duob. propoſitis caſibus, etiam limitatio vtrique, & minus recte poſteriori tantum, accommodari videatur.

Creditor enim ſemper condicit.] Hæc eſt Treut. ratio qua probat vtroque caſu, periculum eſſe debitoris. Quæ non ſatis concludens videtur, quoniam vt creditor condicat ex capite pœnitentiæ, terminos habiles poni oportet, vt res adhuc ſit integra, quod aliàs ſequeretur contra ipſius Treut. ſententiam lit. A. caſu fortuito non impediri condictionem: nec abſurde quis dicere poſſet, interitum rei, in qua aliquid fieri debuit, facere, vt cauſa habeatur pro impleta. Cæterum proponitur hic pugna inter *l. vltim. h. t. & l. 5. § 1. d. praeſcript. verb.* ea vero pugna non ſimplex, vt male & confuſim à Treut proponitur, ſed duplex eſt 1. de genere & natura conuentionis ſiue contractus, an ſit emptio iuxta *d. l. 5. § 1. infr.* an permutatio iuxta *l. vltim. h. tit.* 2. de periculo rei quæ danda eſt, an ſit accipientis ex ſententia *Celſi in d. l. vltim.* an dantis *ex ſententia Paul. in d. l. 5. § 1.* Quod ad priorem attinet,

Digitized by Google

Cuiac.quem Treu.ſequitur,ita eam componit, vt *in leg. vlt.* ideo ſit permutatio, quod actum ſit de dandi,id eſt, dominium transferendo, quod ab emptione ſit alienum,in qua ſufficiat habere licere: quæ ipſiſſima conciliatio, cum ſit tradita *à Dd gloſſ. Bartol. Bal. & Iaſ. in d. l. vltim.* male adeo Treut hic Dd. quos Cuiacius ſequutus eſt, improbat, & pro diſſent allegat: nam & quod Cuiacius addit, in ſpecie *d. l. vltim.* pecuniam non pretii loco, ſed tanquam corpus datam fuiſſe, idem *à gloſſ. & Dd in d. l. vltim. & in leg. 5. §. 1. de præſcript. verb.* notatur. Verum quia emptor etiã hoc agit, vt dominus rei fiat, & quod ſufficere dicitur, vt emptori habere liceat, eo præcipue pertineat, vt quamdiu habere licet, de euictione agi non poſſit; cæteroquin traditio ex cauſa emptionis proculdubio ſit modus acquirendi dominii, adeo vt contrarium agi non poſſit. *l. cũ manu. 80 §. vltim. de contrah. empt.* ideo rectius fortaſſis diceretur, propterea negari emptionem *in dict. leg vltim.* quod citra vllam præuiam conuentionem & æſtimationem decem illa non tãquam æqui valens ſerui pretium, ſed ſimpliciter data fuerunt. Poſteriorem pugnam ita componit Cuiac. vt *in l. 5 §. 1.* periculum eſſe dicat dantis eo reſpectu & eatenus, vt agere non poſſit actione præſcriptis verbis ad intereſſe: cæteroquin non negari, quin res data condici poſſit: quæ etiam opinio eſt Donell. *lib 14. com.* ſed lõge ante vtrumq; tradita *à gl. in l. 5 § 1. d præſc. verb. Sal. ib. & à Bald in d. l. vlt. h. t. col. 2. inf.* his verbis: interitus liberat ab actiõe præſcriptis verbis nõ à condictione cauſa data: quorum ſane Donellũ & Cuiaciũ mentionẽ facere oportebat. Et mihi quidem hæc conciliandi ratio menti ICti *in d. l. 5. §. 1.* minime conuenire videtur: quia ſicut ita periculum emptoris dicimus, vt etiam re perempta pretium ſoluere cogatur, ita periculum *dict. leg. 5.* ita dantis cenſet eſſe, ICtus, vt quod datum eſt, maneat penes accipientem: quod firmant ſeqq. verba, quibus ait ab accipiente culpam tantum præſtari debere: quod idem eſt in venditore, quem quaſi tacita hac iure cum accipiente, qui venditoris vices obtinet, conferre videtur ICtus. Et ſane cum quod permutationis cauſa datur ei propter quod datur, æquale aut æqui valens plerumque ſit, nullum foret periculum dantis, ſi rem datam condicere poſſit. Aliis quoque conciliationibus facilius eſt obiicere, quam meliora afferre. Sunt qui in *dict. leg. quinta* Scyphos æſtimatos exiſtimant datos fuiſſe, quæ opinio etiam refertur ab Accurſio, & incidit in ſententiam Conan. qui 7. *comment. vltim* pro. *Schiphos*, emendat, *nummos*. Et ſane pro deciſione *l vltim. h. titul* quæ periculum facit debitoris ita diſputari poteſt, quod iniquum videatur, ad eum qui rem dedit, vt alia detur, vtriuſque periculum pertinere, qui & principium dedit obligationi, & à ſua parte contractum impleuit: ad eum verò nullius rei ſpectare periculum, qui nihil præſtitit: quia in re apparet differentia permutationis & emptionis: quia etiam venditor quid præſtat, & initio pariter cum emptore & actione ex empto ad tradendum obligatur: licet replicari poſſit, quod etiam in permutatione, qui rem accepit, ad intereſſe tenetur, & deterior eius qui dedit conditio debere eſſe videtur, quod facultatem rem repetendi ex ſola pœnitentia habet: vt adeo hic etiam iniquum videatur accipientem, & periculum rei dandæ ſuſtinere & tamen nihilominus ad rem acceptam reddendam pro libitu dantis, teneri. Vbi tamen potio duplicari poteſt, ipſum ſibi imputare debere, quod non ſtatim ex conuentione faciendo vel dando, condicendi facultatem excluſit. Probabiliter diſtingui poſſit, an ſimpliciter conuenerit de dando, an ſub aliqua conditione & tractu temporis, vt illo caſu periculum ſit accipientis, hic vero dantis, quoniam ſatisfacere contractui in libero arbitrio accipientis non fuit & ipſa l. contractus dilationem & moram indulſit. Neque hinc aliena eſt diſtinctio *l. 5. §. ſed ſi accipit h. t.* vt ſi is quia accepit, propter hoc ipſum retinuit ſeruum, quem alioquin fuiſſet diſtracturus periculum ſpectet ad dantem, cæteroquin ad accipientem tanquam dominum, quod etiam ex Iohan. proponit *Accurſ. in d l. vlt. h t.* Denique *Ly. Kla. 6. membran. c. 1.* quod *in d. l. vlt.* dicitur dantem repetere poſſe, non tanquam vniuerſale, ſed particulare proponi exiſtimat, aliquando repetere poſſit: poſſe autem hoc caſu, quo actum eſt de dando, & Stichus fuit alienus, quod ex verbis ſeqq. colligit: cæteroquin ſi ponamus dominum fuiſſe rei quæ dari debuit, non negaturum Celſum, quin illa periculo dantis ſit futura, ſi ſine culpa domini moriatur: de qua diſtinctione & ſententia, & quantum ei tribuendum ſit, ex præmiſsis ſtatuere licet.

Sed vtrum hoc caſu.] Quæſtio hæc an hoc caſu ad intereſſe agi poſſit, aut obſcura eſt, aut ſupervacua: ſiquidem illa ipſa conciliatione Cuiac. quam Treutl. probat, hoc continetur, Sticho qui dari debuit mortuo, id quod datum eſt condici,

Digitized by Google

dici, ad intereſſe autem agi non poſſe. Porro quæ lit. E. tractantur, explicata ſunt hac ipſa *th. ſub lit. B.*

THESIS III.

LIT. A.

Vel opinione hominum.] Oportet opinionem eiuſmodi eſſe legitimam, iuſtam, & ratione fundatam, alias turpitudinem non inducit. Cæterum quamobrem *Accurſ. in l. 42. d. V. S.* pro diſſ. citetur, non intelligo, quoniam ille cum ICto hoc tradit, quædam eſſe turpia natura, quædam iure poſitiuo: neque ideo diſſentire dici poteſt, quod iſtius ſpeciei non meminit, vel quia nec ICti nec Accurſ. mens fuit, omnes exactè enumerare ſpecies, vel quia ea ſpecies non conſtituit ſimplicem & abſolutam turpitudinem.

Et in turpi.] Pingui Minerua & abuſiue dicitur, in turpi conuentione eſſe iam datum: pro quo dicere debebat, aut in turpi conuentione ſubſiſti, aut etiam turpiter datum eſſe. Illa quoque ibid. non rectè pro iiſdem habet, prætorem denegare actionem & conuentionem eſſe nullam. Quia imo vt notatum diſ. præced. denegari actionem, ipſo iure obligationem ſubſiſtere arguit: quod bene aduertit *Salicetus in l. 2. C. h. t.* vbi ait, ex eo quod *in leg mercalem* 5. denegendas actiones dicitur, præſupponi, quod reuera aliquæ ſint actiones. Et ratio in eiuſmodi caſibus denegandi actionem eſt, vel quod exceptio notoria eſt, vel potius quod priuilegiata impediēs litis ingreſſum, de quo tractatur *infra p. 2. diſp. 26. th. 8.* Cæterum illa quæſtio difficilior eſt, an promiſſio turpis ipſo iure nulla ſit, an ſaltem debitor exceptione defendatur, quam etiam attingit *Salic in l. 2. Cod. h. t.* Ad eam expediendam minime ſufficit diſtinctio Treutl. an turpitudo notoria an dubia ſit: quoniā hoc caſu ſtipulatio vt turpis non conſideratur, & diſtinctio illa ad obligationem ipſo iure validam pertinet, ex qua pro iſta diuerſitate aut denegatur, aut ſub exceptione conceditur *argum. l. 9. in princ. d. iureiu.* Et enim hoc quæri intelligitur, an turpitudo, de qua conſtat eius ſit effectus, vt ſtipulationem faciat: nullam: quod non obſcure negat *l. pen. d. condictio. ob turpem cauſam*, vbi petitor exceptione dicitur ſubmoueri; & accedit ratio, quod cauſa non ſit de eſſentia ſtipulationis, nec promiſſioni cohæreat *arg. l. 2. §. circa eum §. ſeqq. de except. dol.* itemque quia cauſa turpis non impedit tranſlationem dominii, quia condictionis natura arguit reum eſſe dominum: & ergo nec impediat oriri obligationem, quoniam ad hæc & illud ſunt ex iure gentium, & nuda traditio, vbi nulla præcedit cauſa, non transfert dominium *l. 31. h. d. acquirend rer domin.* fac. denique quod *in leg 7. §. 18. de pactis* ſtipulatio interpoſita ſuper re illicita, dicitur eſſe reſcindenda. Ex aduerſo ipſo iure nullam eſſe promiſſionem turpem, probatur tum quod ea indicit ad delinquendum: tum quod obligationi turpi non accedit fideiuſſor *ſi à reo 70 de fideiuſſor.* Tum denique textibus perſpicuis *in leg. vigeſima ſexta leg. vigeſima ſeptima & l. 123. de V. O.* quæ ſtipulationes turpes nullius momenti eſſe affirmant. Huius controuerſiæ tres ſolutiones refert *Iaſon. in dict. leg. 26. de V. O.* 1. quod aut turpis cauſa ſit expreſſa in ſtipulatione, aut non ſit expreſſa: illo caſu nullam, hoc ipſo iure validam eſſe obligationem. Verum non de hoc, ſed illo potius caſu diſputatio eſt, & in ſpecie *dict. l. penultim* quæ ipſo iure obligationem valere probat, cauſam expreſſam fuiſſe apparet. 2. quod turpitudo vel ſit ex parte vtriuſque, vel ex parte alterutrius, vt hoc demum caſu ipſo iure valeat conuentio: quod confutatur *ex l. ſeptima. §. tertio d. pact. 3.* quod cauſa vel ſonet directa in delictum vel non direct. quam ſententiam ſequitur Iaſon, ſed male reſpondere videtur *ad d. l. pen.* tractari in ea de ſtipulatione non quæ habeat turpem cauſam finalem, ſed ideo turpis dicatur, quod dolo vel metu extorta ſit: etenim refutatur hoc inde, quod ICtus negat ſoluenti condictionem, quod poſt ſtipulationem remaneat turpitudo dantis, quæ vtique nulla eſt in decepto aut coacto. Neque admitti poteſt reſponſio Bartol. *vt dicta l. penultima* accipiatur de exceptione intentionis. Nihil habeo quod dicam aliud niſi in magna diuerſitate turpitudinis fieri poſſe, vt ſtipulatio, quæ præſertim ſtricti iuris eſt, non omninò nulla haberi debeat, officii tamen prætoris eſſe, actionem denegare: quia vt ante oſtendimus, actionem denegari, & obſtare exceptionem non pugnant: vt adeo poſſit prætor hoc caſu aliquando ſimpliciter actionem denegare, aliquando eum exceptione concedere. Et ad hunc ſenſum explicari poteſt, quod *in lege vigeſima ſexta & vigeſima ſeptima de Verb. Obl.* dicitur, 1. nullas eſſe ſtipulationes 2. ad officium prætoris pertinere, denegare actionem nimirū ſi forte an obligatio ipſo iure nulla ſit, dubitetur: atque hinc reſponderi poteſt *an l. pen. h. tit.* Reliquæ duæ obiectiones facilius expediuntur, quia poteſt aliquando ipſam obligationem

Digitized by Google

vitiare cauſa & obiectum, ſi ex eo genere ſit, quod in conuentionem deduci lex vetat, quomodo liberi hominis ſtipulatio nulla eſt. Cæterum hac in re quo ad tranſlationem domini plus poſſe dicendum eſt cauſam iniuſtam quam nullam, quia concurrente voluntate tradentis, à qua præcipue dominium procedit, qualem titulum ſufficere defendi poteſt, cum alias per ſe ſtipulatio iuſtus titulus ſit, quod etiam tradit *Iaſ. in d. l. 16. circa fin. & Ant. Fabr. in d. l. 7. d. dol.* etiamſi ex venditione dolo inita & ita ex ipſius ſententia nulla traditio facta ſit, dominium tranſire exiſtimat. Dici etiam poteſt ſufficere, vt opinione patrium ſubſit cauſa, & partes hoc pro cauſa habeant, quomodo etiam indebiti ſoluti dominium tranſit, licet reuera nulla adſit cauſa.

LIT. B.

Ex cauſa præterita.] Apparet ex citata *l. 7. h tit.* cauſam iſtam præteritam, non eſſe per ſe turpē, ſed propter metum intentatum: quod ſi enim cauſa per ſe turpis ſit condictione opus non erit, quia ſimul turpitudo dantis implicatur.

LIT. D.

In qua non dandis.] Proponit in theſ. hac lit. & ſeqq. quod in hac condictione non dantis, neque vtriuſque, ſed ſolius accipientis turpitudo attēdatur. Ex qua propoſitione ſi vera ſequimur, efficeretur, non obſtare, neque nocere turpitudinem dantis, cuius contrarium verum eſt, & dicere voluit vel debuit, condictioni huic tum demum locum eſſe, vbi ex parte tantum accipientis, non dantis vel vtriuſque interuenit turpitudo.

Puta ſi quid meritrici.] Secundum verba th: dicendum potius fuerat, *puta eius qui meretrici quid dedit.* Cæterum in quæſtione ſeqq. defendi poteſt contra Treu. quod meritrix ſibi promiſſum petere poſſit: videlicet ex aſſertione & ratiocinatione *Vlpian. in l. 4. §. 3. h. titulo.* quod ſcilicet meretrix non faciat turpiter: quem adeo caſum ab eo, quo vtriuſque verſatur turpitudo, diuerſum, & ei, vbi turpitudo tantum ex parte accipientis intercedit, omnibus ſuis membris oppoſitum eſſe oportet. Nimirum poſteriori hoc caſu, vbi ſola turpitudo eſt accipientis ſiue ſtipulantis, nec promiſſum exigi, & quod datum eſt, condici poteſt, adeoque nec promiſſio nec datio effectum. & qui conuenitur exceptionē, & qui ſoluit, condictionem habet: cui adeo cum directo contrarius caſus ſit, vbi turpitudo verſatur ex parte ſolius dantis vel promittentis, in vtroque etiam membro contrarium erit ſtatuendum, vt neque datum condici, & quod promiſſum eſt, exigi poſſit, adeoque & promiſſio & datio effectum ſortiatur, & ei qui accepit conuentio exceptio & ſtipulanti exactio concedatur: & alias hic caſus, ad quem expreſſe refert Vlpian. ſi quid meretrici datum ſit, nō differret ab eo, qui intermedius eſt, vbi vtriuſque turpitudo intercedit, & quo accipienti quidem retentio, ſed ſtipulanti exactio non datur. Et hāc opinionem communem teſtatur *Salicet in l. 4. §. 3 hic.* eandemque probant *Cyn. Bald. & idem Salicet.* non in *l. 5* quam citauit Tr. ſed *in l. cum te. 2. C. h. tit.* & vtitur Cyn. optima ratione, quod non ſit turpis cauſa ſtipulationis, quoniam ſi nō accipit turpiter, nec turpiter quidem ſtipulabitur. Neque abſurda videri debet hæc opinio, ſi ſeculum Vlpian. ex cuius ratione hoc defendimus, reſpiciamus, quo lupanaria permiſſa, Veneri templa ædificata, & vt apud Tacitum 2. annal: legimus, matronæ ſolitæ vulgare corpus, profeſſæ licentiam ſtupri apud ædiles, ne in pœnam L. Iuliæ inciderent. Enimuerò doctrinæ Pauli, qui damnat omnes ſcortationes, & nec propter bonum finem mala facere concedit, iſta non conueniunt, ſed conueniunt tamen, hodieque iis rebuſpublicis, in quibus neſcio cuius boni publici prætextu lupanaria tolerantur: in quibus terminis loquitur *Vaſq. 1. illuſtr. contron. 48. n. 3. 4. & 5.*

LIT. F.

Paulo laxius & impropriè initio huius lit. vtitur verbo puniri, dum eum, cui actio denegatur, puniri affirmat, quippe cum ipſe ſponte turpiter dederit, & dominium tranſtulerit.

Exemplum vbi ſolius.] Affirmat hic ſi detur iudici vt bene iudicet, turpitudinem eſſe ſolius accipientis, ideoque condictioni eſſe locum. Ante omnia notandum, quæſtionem illam ſimplicem non eſſe: & diſtinguit glo duos caſus 1. ſi dem: vt licet in bona cauſa, ſecundum me pronuncietur. 2. ſi dem vt forte moratur iudex maturet & expediat cauſam, ſententiamque ferat: quod etiam ſequitur Iaſ. ſed male illud accepiſſe videtur Zaſ. qui hos duos caſus facit: ſi dem iudici, vt ſecundum me det iuſtam ſententiam: & ſi dem vt in manifeſto iuſta cauſa pro me ferat ſententiam: neque enim hi caſus reuera diuerſi eſſe videntur: cum quiuis cauſam ſuam manifeſto iuſtam eſſe, contendere poſſit: & Accurſius indiſtinctè putet, ſi detur iudici, vt pro

Digitized by Google

vt pro dante & ſecundum eum iudicet, etiam ex parte dantis turpitudinem ineſſe: poſteriori autem caſu, quo datur, vt maturet iudex ſententiam, condictioni olim locum fuiſſe cenſet, iuxta *legem 2 hoc titul.* hodie autem nec iſto caſu eſſe. *per legem.1 & authentic ſeqq Codic. de pœnis iudic.* Sed Iaſon contrarium ſtatuit, quod pœnalia non ſint extendenda, neque ex pœnis ibi ſtatutis ad negationem condictionis recte inferatur Ego vix exiſtimo quod de hoc poſteriori caſu loquatur Iuriſconſultus *in leg. 2. inf. hoc titul* & ſequor ſimpliciter Paulum de Caſtro, qui illum locum explicat de eo, qui dedit, vt ſecundum ſe in bona cauſa iudicaretur: quomodo etiam habent verbo Iure conſulti; vt fortaſſis non recte Treutler. proponat caſum in eo, qui dedit ſimpliciter, vt recte iudicaretur, nec bene adeo allegat Iaſon qui hoc tantum caſu condictionem concedit, vbi pro maturanda & expedienda ſententia pecunia data fuit. Quæremus igitur cum Iure conſulto *in dict. leg. 2.* an ille condicere poſſit, qui dedit vt ſecundum ſe in bona cauſa iudicaretur. vbi pro parte negante ita diſputari poteſt, quod turpiter facere videatur quicunque contrahit crimen, dando autem crimen his contrahi dicitur *leg. 2. hoc titul.* autoritate legis, quæ iudicia incorrupte & ſincere vult tractari, & hoc factum tendere ſtatuit ad corruptionem iudicis: & cum pœna afficiatur qui dedit propter hoc ipſum quod dedit, vt litem & cauſam perdat, non poteſt non videri turpiter feciſſe, vt non ipſa lex iniuſtitiæ arguatur. In contrarium autem hæc mouentur pro parte affirmante, 1. quod lucrum hoc turpe iudici ſit extorquendum Reſponderi poteſt obſtare turpitudinem dantis communi iure: ſed & hodie lucrum ei extorquetur *ex authentic. nouo iure Codic. de pœn. iudic* ex qua triplum fiſco ſoluere tenetur. 2. quod diuerſa ſit ratio pœnæ illius, quæ ex lege infligitur danti & condictionis: quod confirmatur *argumento legis octaua,* quod metus cauſa, vbi qui ſtuprum commiſit, & deprehenſus metu coactus aliquid dedit, in integrum reſtituitur, quod ſeparata ſit cauſa ſtupri & coactionis. Reſponderi tamen poteſt, diuerſos eſſe caſus quoniam qui poſt admiſſum ſtuprum, vt vitam ſuam redimat, aliquid dat, nihil turpiter facit: & pœna L. Iulia diuerſa plane eſt à cauſa acceptæ pecuniæ, hic autem pœna amiſſionis litis, ex ipſa datione pecuniæ deſcendit, eique irrogatur. 3. quod *in l. 2. §. vltim* relatum eſſe dicitur, quod condictioni ſit locus.

Reſponderi poteſt vel non probari hanc ſententiam, vel verbis ſequentibus ſtatim corrigi, & adducto reſcripto Imperatorum mutationem iuris ſignificari: quod olim quidem condictioni fuerit locus ſed id non obtinere, poſtquam Imperatores eiuſmodi datione crimen contrahi voluerunt 4. facit *l. 3.* vbi caſus ille, quo datur iudici, vt male iudicet, opponitur caſui *l 2. §. vlt. eod.* ita quidem vt in ſpecie *lib 3.* vtriuſque turpitudo verſari, & condictio ceſſare dicatur: vnde à contrario ſenſu in caſu *l. 2. §. vltim.* aliud obtinere concludi poteſt. Niſi quis reſpondeat, vel quod ex coniunctione eiuſmodi legum nihil ſoli de inferatur, vel quod recte quidem inferatur, caſibus iſtis in ſe & ex natura ſua conſideratis, non autem conſiderato caſu priori ex iudicio & reſcripto Imperatorum, qui datione iſta quoque crimen contrahi cenſuerunt. 5. dici poteſt, quod dans hoc caſu ſi ſimpliciter conſideretur, in crimen incidiſſe videatur, non autem ſi conferatur cum iudice, qui danti nullum crimen vel turpitudinis notam obiicere poteſt, eoque merito condictione teneri debere videtur. Cui tamē præcipue aduerſari videtur, quod ex dict. authentic. nouo iure iudex iſte triplum præſtare fiſco tenetur, quod iniquum ſit eum danti quoque in ſimplum teneri: niſi illud ad eum caſum, quo ſimpliciter pecunia data fuit, referatur: quod tamen non ſatis conuenire videtur *lib. 1. dict. tit.* cui auth. iſta ſubiecta eſt, & quæ ad noſtrum quoque caſum pertinere, & reſcriptum illud Antonini, illud ipſum cuius meminit *in d. l. 2 Vlpian* eſſe videtur: quamuis aliquando authenticæ illæ non ſatis accurate ab Irnerio legibus Cod. ſint ſubiectæ.

Idem verum eſt in teſte.] Teſtem eiuſmodi qui aliquid accepit, vt verè deponat, falſarium eſſe, ac minimum pœna extraordinaria teneri tradunt à Treutler. citat. *in leg. 2. hoc titul.* & ante eos Iaſon & Caſtrenſ. ibidem. verum quod Tr. addit, condici pecuniā poſſe, nullus ex iſtis tradit, & Mynſingerus diſerte eum qui dedit, tanquā corruptorē puniendū ait. Et non poteſt huc accommodari Dd. diſtinctio, quam paulo ante de iudice attulimus, quia teſtis cauſam morari vel maturare non poteſt. Attamen ſi obtineri poteſt, eum qui iudici dedit, vt ſecundum ſe bene iudicaret, condictionem habere, etiam obtineri poterit eum habere qui teſti dedit, vt vere deponeret: quoniam facta iſta, bene iudicare, & veritatem dicere, honeſta & ſancta ſunt.

Digitized by Google

Quid ſi res indiuidua.] Et rationem habet hæc ſententia, vt re æſtimata, portio æſtimationis præſtetur, & communiter recepta eſt, ſicut eam poſt *Br. etiam probat. Iaſon. Caſtren. in l. 1. §. ob rem. n. 11. h. t. Zaſ. in l. 3 h. t. n. 3.* Accurſ. autem non expreſſe diſſentit, ſed diuerſas opiniones proponit, & rem magis in medio relinquit.

An amiſſa per luſum.] Quæri hic an amiſſa per luſum condici poſſint: quod affirmat tum demum, ſi luſus ſit illicitus, ſecus, ſi ſaltem conſuetudine licitus ſit. Vbi cum appareat conſuetudinem opponi iuri, alias licitus ludus eſſet dicendus, apparet ſimul per conſuetudinem ſignificari, vſurpationem quandam non legitimam, nec iure probatam aut ei conſonam: cuiuſmodi ſane prauæ adſuetudini vix puro effectum iuris tribuendum eſſe, iuxta not. ſupr. diſp. 11. the. 9 in quæſt. ſi conſuetudine quadam & prauis moribus deiectum aliquod non puniatur, an hoc excuſet à pœna. Deinde, cum quo caſu vtriuſque turpitudo verſatur, condictio ceſſat, nec per ludum illicitum amiſſa condicentur. Facit quidē pro Tr. *l. 1 C de aleatorib.*) quam tamen ipſe non adducit) verum eius, vt pote a Cuiac. & Contio. ex Baſilicis productæ, & Codici inſertæ, ratio magnopere habenda non videtur: alioquin in ea admiſſa, aut fatendum erit eſſe exceptionem hanc à regula aut ad ſpeciale ludi genus erit reſtringenda. Niſi quis putet diſtingui poſſe, an ludendo ſtatim pecunia amiſſa, an poſtea ex ea cauſa fuerit ſoluta quo caſu vtrique neganda erit condictio: licet hic non tam propter turpem cauſam, quam ex turpi cauſa pecunia ſoluta intelligatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Proponuntur hic ſpecies debiti & indebiti; inuicem ſibi oppoſitæ. Vbi initio in verbo, *ciuilis*, fallacia eſt homonymiæ, quia illa dicitur obligatio vel omnimodo valida, vel nuda æquitatis vinculo deſtituta: quo fit: vt manca ſit enumeratio. Neque ſatis intelligo, quid per obligationem prætoriam intelligat: quia licet alias ius prætorium ſæpe opponatur ciuili, attamen in materia obligationum, omnis ea quæ ad actionem efficax eſt, quomodocunque introducta ciuilis appellari ſolet, reliquæ ad agēdum inefficaces, naturalis obligationis nomine continentur. In enumerandis ſpeciebus indebiti magis probo Accurſ. *in l. 1. hoc tit.* quod aliud ſit indebitum naturali & ciuili iure ſimul, aliud alterutro tantum, ciuili, vt nudo pacto promiſſum naturali, vt ſi pacto vel iure iurando æquitatis vinculum fuerit ſublatum. Et tamen ad effectum condictionis, de quo hic tractatur, indebitum ciuile huc non pertinet, quippe cuius non eſt condictio: ſed indebitum iure naturali vel vtroque. Et inde contra Tr. videri poſſit, inter naturale & prætorium indebitum nullam hic eſſe differentiam. Licet enim ipſo iure actio detur, vbi naturalis obligatio ſublata eſt; attamen prætor exceptionem addit, eoque ipſo pro indebito ſe id habere oſtendit. Et cum ex textibus allegatis colligatur à Treutl. prætorium indebitum haberi, quod obſtante exceptione perpetua peti non poteſt, idem indebitum naturale eſt: ſi quidem fere eiuſmodi demum exceptio perpetua obſtat, quæ naturalem tollit obligationem, ſiue reuera, ſiue poteſtate iuris, velut exceptio Velleiani *l. 14. in fin. ad Vellian. & argum. l. 9. C. eod.* ex quo non neceſſe eſt addere quartam ſpeciem indebiti cum *Bartol. & Zaſ. in l. 1. h. tit.* vbi debitum naturale ſit & ciuile, ſed obſtat aliqua exceptio. Etenim lex vel SCtum obligationem quoad hunc effectum aut annullare, aut infirmare poteſt.

LIT. B.

Tum ex vero tum quaſi.] Ait condictionem indebiti tum ex vero, tum ex quaſi contractu deſcendere. Non ſatis bene: quia cum hæc particula notet paritatem, regulariter & natura ſua eſt ex quaſi contractu, vt paulo poſt oſtendemus. Et quod aliquando expreſſe hoc adiicitur, vt repetere liceat, *l. 2. hoc titul.* ex accidenti eſt, neque facit vt tanto magis condictio competat, quæ etiam citra illam adiectionem fuiſſet competitura: ſicuti propterea quod tutor nominatim ad rationes reddendas vel heres ad legata præſtanda, vel ſocius ad expenſas vel fructus præſtandos, ſeſe obligant, non ideo actio tutelæ ex teſtamento, vel communi diuidundo, ex vero contractu eſſe dicetur. Porrò nec hoc recte, quod cum ex vero contractu condictionē hanc eſſe dicat, pro diſſen allegat Accurſ. qui actionem præſcriptis verbis concedat: quia & hæc actio ex vero contractu deſcendit. Videndum autem nobis hic latius eſt de cauſa huius condictionis & excutienda ſententia Donell. 12. commentar. vbi hanc condictionem ſimpliciter ex vero contractu eſſe contendit, ita quidem

Digitized by Google

dem vt in hac ſententia glorietur, & magnifice ſe efferat. Ego vero eam falſam eſſe non dubito, & condictionem hanc ex quaſi contractu eſſe ſtatuo, tum ex textu §. *penultim. Inſtitution de obligation. quaſi ex contract. & l. 5. §. 3. de O. & A.* tum ex hac ſolida ratione, quod ſicut pacta tacita ab expreſſis, ita contractus veri à quaſi contractibus non niſi qualitate conuentionis diſtinguuntur, quod illos expreſſa, hos tacita conuentio conſtituit: atqui condictio indebiti naſcitur ex cōuentione tacita, & hactenus ſolutio indebiti quaſi contractus eſt, & huius condictionis mater, quatenus conuentionem hanc præſumptam & tacitam habet, vt ſi indebitum fuiſſe appareat, reſtituatur Sed duo obiicit Donell. 1. quod Iuſtin. *ſub tit. Inſtit quibus modis re contrah.* etiam de indebiti ſolutione tractat 2. quia in ſolutione indebiti inſit negotium *l. 33. de condict. indeb l 13 in fin commod.* Reſpon. ad primum, quod indebitum etiam contrahitur, & pauca cum mutuo habet communia, quæ refert *Cuiácius 9. obſeruat. 34.* à quo quaſi mutuum ſiue promutuum appellatur: qua occaſione Iuſtin. obiter ſaltem attingit illam materiam, quam pleniori manu tractat *in §. penult. Inſt. de obl quaſi ex cont.* vbi eum cui indebitum ſoluitur, diſerte quaſi ex contractu debere affirmat: qui locus potius, quam ille attendi debet. In ſecundo argumento Donelli hæc conſequentia: negotium ſubeſt vel cauſa, ergo eſt verus contractus. Plane vitioſa eſt, quia etiam negotium in quaſi cōtractib. eſt: & cum quaſi contractus ſit ſpecies contractus generice ſumpti, & in omni contractu negotium inſit, in quaſi etiam contractu negotium ineſſe oportet: verum, vt iam ſæpius dictum conuentionis qualitas veros & quaſi contractus diſtinguit: atque ita effectus idem in producenda eſt actione, ſed eſſentia & natura diuerſa. Et igitur optimè hæc conueniunt, ſubeſſe negotium, & eſſe quaſi contractum: Illud affirmatur a Pomponio & Iulian *in l 13. commodati & in l. 33. d condict. indebit.* hoc a Iuſt. & Caio *in d. § pen Inſt de obligation. quaſi ex contr. & in l. 5. §. 3 de O. & A.* in quo lapſus eſt manifeſtus Donelli, qui hos autores tanquam ex diametro inter ſe diſſentientes ſibi opponit. Illud facile expeditur. quod Caius & Iuſtin dd. loc. diſtractū magis hic eſſe affirmant: adhibita ſcilicet diſtinctione, inter quod expreſſe & tacite agitur. Expreſſe agitur, vt ab obligatione diſcedatur: tacite vt ſi ſoluentem non obligatum fuiſſe appareat, quod ſolutum eſt, reſtituatur: quæ conuentio tacita vera & adæquata cauſa ex condictionis debiti: idque eſt quod eleganter Pompon. *in d. leg. 13. in fin. commod.* præter id quod expreſſe agitur, tacitam naſci obligationem: quod ipſam Donelli ſententiam confutat, ſiquidem omnis verus contractus ad ſui conſtitutionem neceſſario expreſſam conuentionem requirit. Vnde etiam efficitur, paulo pinguius dici à Caio & Iuſtin. quod hæc condictio ex diſtractu naſcatur.

Lit. E.

Quod ſi à duobus pariter.] Si ponas totum fuiſſe indebitum, nulla erit quæſtio, & falſum quod in altero membro proponitur: ſed nimirum *& ex l 25. de ſolution & l. 19. §. vlt. h. tit* intelligi debet de duob. debitum quidem ex parte, ſed plus debito, & hactenus indebitum ſoluentibus, veluti ſi duo qui debebant decem ſinguli ſoluerint decem: hoc ſi ſimul factum ſit, ſinguli quinque condicent, ſin ſeparatim & ſucceſſiue: poſterior tantum condicet: quoniam hoc caſu vterque indebitum non ſoluit, ſed ſolutione prioris obligatione extincta, poſterior tantum, cui etiam ſoli pecuniæ totius à ſe ſolutæ condictio datur: adeoque membrum iſtud poſterius dé duobus ſeparatim ſoluentibus, non recte comprehenditur à Tr. ſub propoſitione de duobus pariter indebitum ſoluentibus.

Quod ſi duo rei.] Si qui Stichum aut Pamphilum debebat, vtrumque ſoluat, quæritur, cui detur electio reſtituendi vel repetendi alterū. *& Iuſtin in l pen. C. h t* electionem repetendi ꝙ velit dat debitori, cuius antea erat electio, ꝙ vellet ſoluendi: quo reſponſo non obſcure improbatur & damnatur ſententia Celſi & Marcelli, qui creditor retinendi quod vellet dederunt arbitrium *l. 26. § pe. in fin. h t* quod obſeruauit *Hottom. in d l. pen & Cuiac 8. obſ. 35.* vbi & aliam in ſimili caſu diſſenſionem Celſi & Iuliani notat. Et forte hæc Marcellum ratio mouit, quod cum debitoris ſit electio, creditor in hoc caſu inſtituta cōdictione debitoris loco eſſe incipit: quamuis replicari poſſit, quoniā error ſolutioni cauſam dedit, reduci rem ad primā ſuam cauſam & perinde haberi ac ſi qui accepit, creditor adhuc eſſet. Quæ ita obtinent vbi vnus ſoluit: cæteroquin ſi duo alternatiue obligati arbitriū retinēdi creditoris eſſe traditur *in l 21. h t.* & notat *Cuiac loc. cit.* idque eſt quod Tr. ait, caſum *d l. 21.* excipiendum eſſe *à l pen. C. h. t.* vbi arbi-

arbitrium repetendi ei qui ſoluit, datur. Et ratio exceptionis diuerſitatiſque hæc reddi poteſt: quod vbi duo rei alter Stichum alter Pamphilũ ſoluerunt, vtique quod vnus ſoluit, alter repetere non poteſt: eoque ſi electio danda eſſet ſoluentibus, ea in partibus rerum ſolutarum futura eſſet: quod ratio iuris non patitur: vel quia in partibus vnius eiuſdemque hominis, quæ tantum intellectu conſiſtunt, nulla poteſt eſſe electio, vel quia ita creditor hominem debitum in partibus diuerſorum hominum accipere cogeretur, contra *l. 2. §. 1 de V O.*

LIT. E.

Ait initio in exegeſi condictioni eſſe locum, ſi per errorem facti & ſolutum & acceptum ſit, quod hoc caſu furtum committatur. Quod paulo confuſius proponi videtur, quoniam de vtro que membro idem minime prædicari poteſt: quod ſcientia dantis impedit cõdictionem, minime autem ſcientia accipientis: & illa comparatio, quod altero caſu nulla plane repetitio, altero actio furti detur, minus concinna videtur: quamuis nec dubitem, cum actione furti concurrere cõdictionem indebiti, quod *ex ipſo Bartol. in l. 43. §. 1. de furt* colligitur, *arg l. 8. h. t.* & cum conuentio tacita, ex qua naſcitur condictio, veniat ex parte dantis, natiuitatem eius dolus accipientis non impediet: quomodo cum aliis quoque actionibus rei perſecutoriis actio furti pœnalis concurrit. Porro in eo quod ſtatim ſequitur, *maxime ſi ſolutionem vrgeat*, rectius legetur, *ſi vrſerit.*

LIT. H.

Non ſatis bene hic dicitur, quod per exceptionem tollatur naturalis obligatio: quin potius ideo, quod obligatio naturalis ante ſublata eſt, exceptio accommodatur debitori. Rectius dicitur toties condictionem dari, quoties obligatio naturalis aut nulla ſubeſt, aut ſi qua eſt, iure improbata vel infirmata eſt: adeoque exceptionem perpetuam, quæ condictioni locum facit, ita comparatam eſſe oportet, & proinde aliquãdo vbi cetera naturalis obligatio adfuit, condictio tamen datur. Exemplum eſt in muliere intercedente, quæ condictionem habet *l. 40. h. tit* & eam tamen ex conſenſu te ipſa naturaliter obligatam negari non poteſt: ſed ſcilicet obligatio illa improbata eſt SCto. *16. ad Vellian.* & vt dicitur *in l. 9. Codic. eod.* SCtum obligationem non ſinit eſſe efficacem. Et hæc certior ratio eſt negandæ vel concedendæ condictionis, quam ea quæ affertur à Dd. deſumpta à fauore rei vel odio creditoris: licet vt plurimum hæc concurrant, vt exceptio ſit, fauore rei introducta, & tollat obligationem, velut exceptio pacti iuſiurandi, doli: quam recte Donel. *14.* comment. contra Dd. fauorabilem eſſe probat: quia alia ratio eſt actionis doli, alia exceptionis, ſiue generalis ſiue ſpecialis contra Accurſ. *l. 40. hoc tit.* quamuis Dd. minime ſimpliciter, ſed tantũ reſpectu rei & aliàs eam, quæ cum exceptione ex rigore iuris contra æquitatem deſcendente concurrit, odioſam exceptionem doli, cæterum fauorabilem, & ad condictionem indebiti ſoluti cauſandam habilem ſtatuant *per not. Caſtrenſ. in l. 2. C. quod met. cauſ. l.* qui ſe debere de condict. cauſ. dat. Vnde etiam ratio ſumitur, cur tutus exceptione iudicati, quæ & fauorabilis & perpetua eſt, ſi ſoluat, non repetit. *l. 60. hoc tit.* quia naturalis obligatio non tollitur, ſed vetus debitor etiam abſolutus natura debitor manet *dict. l. 60.* & cum ſententia iudicis obligationem conſenſu conſtitutam perimere, non poſſit, ſit, vt exceptio inde nata ciuilis magis, quam naturalis habeatur *Pet. Fabr in l. 66. de reg. iur* in quo labitur *Donell. 14. commentar. 10.* vbi etiam condictionem ei concedit, qui exceptione iudicati tutus ſoluit contra *d. l 60*, quam ipſe omnino cõtorte explicat, & ſpecialem rationem eſſe putat, quod pendente iudicio fuerit ſolutum, cum tamen hæc ſit decidendi ratio, quod natura debitor maneat. Cæterum quod attinet *ad l. 40. de condict indeb.* ingenue dicam rationem illam cõcedendæ condictionis non eſſe adæquatam aut generalem, quia fallit in exceptione iudicati & JCtum reſpexiſſe id, quod frequentius eſt, & fere regulare, quod videlicet fere ſemper, vbi exceptio perpetua competit, naturalis obligatio aut ſublata, aut iure infirmata eſt. Et igitur regula iſta limitatur: Niſi naturalis obligatio ſuperſit. Rurſus regula hæc: Quod naturalis obligatio inhibeat ſoluti repetitionẽ, dupliciter limitanda. 1. Niſi obligatio iure infirmata ſit, vt in pupillo, muliere. 2. Niſi obligatio mere naturalis, nudæ honeſtatis & fori conſcientiæ, velut ad antidota, aut ex imperfecto teſtamento.

THESIS V.

LIT. A.

Condictionem dat ſoluenti, ſiue dominus fuerit ſiue non, vt illo caſu dominium hoc poſſeſſio condicatur. Verum ſimplicius dixero cum non ponatur hic nudus poſſeſſor, vtroque caſu rem ipſam condici, quæ prout accepta eſt, reſtituitur.

Digitized by Google

tur, quia ſoluendo ius quod habet in accipientem tranſlatum eſt. Eodem modo in limitatione ſequenti non poſſeſſionem, ſed rem ipſam conſumptam, ſed potius eius æſtimationem repeti dicam: & quod hoc caſu ſolidum condici ait, ambiguum eſt: quoniam conſumptio rei non facit vt accipiens in plus obligetur: ſed eatenus defendi poteſt, quatenus conſumptio aliquando afficit dominum qui antea dominus non fuit.

LIT. B.

Quæ ſic proponit, quod per ſolutionem negotium aliquod geratur ſub diſtinctione inter veritatem & legis interpretationem, explicandum eſt, vt traditis ad theſ. præced. lit. B. & C. de origine huius condictionis, quod in ſolutione indebiti aliud expreſſe aliud tacite agatur.

LIT. D. & E.

Ait quod in diem vel conditionem certam debitor adeo debitor ſit, vt neque ſortem, neque acceſſiones, neque interuſurii medii temporis nomine aliquid repetere poſſit, Vbi primò conditio certa abuſiue dicitur, vtpote actum non ſuſpendens, de quo mox lit. G. Deinde defendi poteſt, vbi ante diem per errorem ſolutum eſt, interuſurium vel potius quantum accipiens locupletior factus eſt, condici poſſe. Cui adeo non obſtat, quod ſublato principali ceſſet condictio acceſſorii, & quod in cōdictione indebiti, quod mutui inſtar habet, non veniant vſuræ *l. 1. Codic. h titul* etenim ubi interuallum longius fuit, cōdictionem non certi, ſed incerti dabimus, & quod petitur, tāquam principale peti dicemus, vt accipiens reddat, in quantum locupletior factus eſt. quod ſi probare non poterit actor, reus erit abſoluendus: Plane cum cōdictio hæc ſit ex bono & æquo *l. 14. & l 66. h. t* iniquum ſit accipientem cum damno alterius fieri locupletiorem: ſiquidem plus ſoluit qui citius ſoluit *: plus autem 33. Inſt. de act.* & aliis quoque caſibus fructuum intermedii temporis habetur ratio *l. 3 §. 1. de legat. 3.* & commodi temporis *l. 24. §. 1. ſolut. matr.* & in repræſentatione debiti ante tempus commodum ineſt. *l 10. § ſi cum 12. l. 17. in ſi quæ in fraud. cred.* (facit *l. 22. §. 1. mand*) quod etiam legatum alioquin inutile futurum vtile efficit *l. 82. de legat. 2. l. 1. §. 6. ad L. Falci l iuncta l. 88. l. 73. §. 4. l. 66 & l. 45. eod.* quæ ſcilicet eo pertinent vt, ſicut in aliis, ita hic quoque commodi temporis, quod præſertim ad aliū reipſa perueniſſe actor probat, ratio habeatur: quod etiam hoc argu. firmatur. Cuius conſulto dati donatio eſt, eius per errorem dati repetitio eſt: atquin qui ante diem ſciens ſoluit, donare cenſetur: ergo qui ante ſoluit per errorem, repetere poteſt. Aſſumptio probatur *ex l. 9. in fin prin, de donat.* vbi dicitur, eum donare videri, qui paciſcitur, ne ante certum tempus petat. Et euidentior erit huius ſententiæ æquitas in aliis quibuſdam rebus ante diem ſolutis, veluti fundo, ancillis, pecudibus, &c. & tamen Tr nullius acceſſionis condictionem admittere videtur.

LIT. G.

Quæ hic tractantur, pertinent ad explicationem *l 18 h. tit.* cuius vulgata lectio in §. 1. *quod autem ſub incerto die debetur, die exiſtente non repetitur*: non recte ſe habere videtur: Quia cum particula, autem denotet oppoſitionem, idem tamē de die incerto dicitur, quæ ante de cōditione erat reſponſum: licet aliàs ſententia illius §. vera ſit, ſi intelligatur & de die incerto, an & quando ſit extiturus. Cæterum emendatio Cuiacii illud in commodum tollit, eamque omnino exigit ſpecies legis ſequentis, in qua proponitur dies incerta, quando, & qua etiam pendente ſolutum non repetitur Peſſime autē Ant. Faber. quem ſequitur Tr. nullam hac in re differentiam admittit inter conditionem & diem incertum: cum tamen *cum moriar* dies incertus ſit *leg. 1. de condic & demonſtr* & in hunc debitum ſolutum condici non poſſit *l. 17. h. t.* Et contra rectisſime Bart. male improbatus à Tr. duas facit ſpecies diei incertæ, quando & an ſimul, & quando tantum. Neque facit pro Ant. Fab quod in hac quæſtione, itidem vt dies, conditio diſtingui videtur *in d l. 18.* vbi proponitur conditio, quam certum eſt eſſe extituram: etenim reſpondeo obligationem, quod eſt de eſſentia omnis veræ conditionis: dies autem incertus in vtraque ſpecie verè & proprie ita appellatur.

Ideo ſub conditione.]Cum dixiſſet in th. lit. F. ſi dubitetur, an temporalis, an perpetua ſit exceptio, condictionem dati, ſubiicit in th. e. lit. G. *ideo ſub conditione debitum ea pendente poterit repeti.* Quæ non recta videtur connexio & illatio: quippe quod his caſibus cum nulla nata ſit obligatio fruſtra quæratur de exceptione. Niſi forte Treutl. hoc per modum ampliationis proponere voluit, vt ſi vbi de perpetuitate exceptionis dubitatur, condictio ſit, multò magis eſſe debeat, vbi nulla adhuc actio intentari poteſt.

Digitized by Google

diuerſimode æſtimari conſtat: quin imò animus eſt qui reuera æſtimat & perpendit beneficia: ſicut ex aduerſo intereſt, quo animo, qua propenſione & intentione beneficium fuerit datum. Neque obſtat *l. 10 §. fin. mandati* quæ dat mandati actionem fideiuſſori, cui à creditore remunerandi cauſa accepta fuit lata obligatio, vt proinde intelligi oporteat abeſſe aliquid ei, qui debitorem beneficii amiſit. Etenim reſpondeo, hanc eſſe decidendi rationem, quod in ea ſpecie fideiuſſor intelligatur ſoluiſſe creditori, quia omnis acceptilatio ſolutionis vice eſt, & quo minus ſit cauſa acceptilandi non facit, & per fictionem breuis manus perinde habetur, ac ſi pecunia à fideiuſſore ſoluta creditori, quo ipſo puncto actio mandati quæritur, à creditore remunerandi cauſa fideiuſſori reddita fuiſſet. Neque verò hoc prodeſſe debet reo, cui per acceptilationem iſtam creditor non voluit conſultum. Non obſtat etiam comparatio Donatarii. & liberti, qui operas, quas pati ouo ſolvit citra vllam conuentionem, condicere non poteſt, *l. 26. §. 12 de condict. indeb.* Reſponderi poteſt, quod libertus grauius adſtringatur patrono, quem etiā ex parte habet ſucceſſorem cum etiam alias manumiſſi patronis operas promittere ſoleant. & ICtus *in d §. 12.* ſententiam illam ad operas officiales reſtringit, fabrilium autem condictionem concedit. Et proponitur inſuper libertus ibi expreſſe ſoluiſſe in cauſam operarum, adeoque aut remunerari voluit & non repetiit: aut putauit ſe ad faciendum id teneri, & quia in iure errat itidem non reperit: nos autem verſamur in caſu, vbi quis ſimpliciter ſoluit. Denique obiicitur *d l 26. in prin h tit* vbi dicitur, ſi quis vſuras indebitas ſoluerit, modo ſortis debitæ, repetere eum non poſſe: qui locus rectius accipitur de vſuris omnino indebitis cū Roberto 2. ſentent. 16. vbi ait, vſuras illas pro gratuito vſu ſortis, remunerationis cauſa ſolutas videri. Reſponderi poteſt, nec male omnino locum illum ab Accurſio de vſuris pacto promiſſis explicari: quamuis etiam Duar. hic cap. 4. quod loco vſurarum ſolutum eſt, in ſortem imputari putet: accedit quod vſurarum modus certus legibus conſtitutus, obligatio autem ad antidota plane incerta: ſed & intelliguntur ibi ſolutæ non ſimpliciter, ſed tanquam vſuræ. Poſteriori caſu, quo remunerandi gratia ſoluit, ſubdiſtinguitur: quod aut donandi animo ſoluit, & certum eſt, ceſſare condictionem: aut putans ſe ad remunerandum adſtringi, & ita per errorem & ignorantiam iuris ſoluit: de quo caſu diſputant Dd. & à Treutl. pro diſſ. allegati Zaſius & Couarruv. Illi videlicet Dd repeti volunt, quod ex communi ſententia ignorantia iuris vbi naturalis obligatio non ſubeſt, condictionem non inhibeat: atquin huiuſmodi obligationem pro nulla eſſe non immeritò Dd contendunt: hi vero negant reperi, quod vtique obligatio ad antidota, licet effectus iuris non habeat, vinculo tamen æquitatis nitatur, quo reſpectu etiam naturalis dicitur *in l. 25. §. 11. de petit. hered.* & ipſa æquitatis ratio, ex qua condictio hæc deſcendit *l 66 h tit.* accipientem defendere videtur. Ex quibus apparet, inaduertenter hic lapſum, imo ſibi contradicere Tr. qui cum ignorantia iuris ſoluenti contra Dd. repetitionem deneget, hoc tamen caſu cum Dd. concedit, neque animaduertit communem Dd. hac in re ſententiam, hoc vnico fundamento, quod ignorantia iuris hic non obſit, ſubnixum eſſe; ipſius autem ſententiæ, qua errore iuris ſolutum reperi negat, hic quoque condictionem negare conſequens erat.

THESIS VII.

LIT. B.

Tractatur hic quæſtio, an condictioni ſit locus, ſi quis ſoluerit, quod aliis debebat. Et Tr. vtitur vulgata diſtinctione, an ſolutum fuerit nomine alieno debitoris an proprio, vt hoc caſu non etiam illo condictio concedatur: ita poſt Dd Zaſ. *antinom. 14 Cuiac. 8. obſeru. 9 & in l. 38. §. 2 de ſolut. tracta. 7 ad Africam & in l. 3. hoc tit. libr. 28 quæſtion Papin Duaren hic c 8 per l. 7. 36. in fin. l. 44. & l. 6. 8 vltim hoc tit.* dubium mouet *l 19. §. 1. h tit. iuncta l. vlt de negot geſt* ex qua probatur, heredem verum liberari, & dari negotiorum geſtorum actionem. quæ non daretur ſi locus eſſet repetitioni, quod ibid notat Anton. Fabr. ſiquidem poſito iure repetendi, non poteſt dici nata liberatio, quæ tamen adſtruitur *in d l. vltim.* ſed negatur *in d l. 19. §. 1.* quam Dd. diminatorie explicant de caſu, quo poſſeſſor hereditatis nomine proprio ſoluit. Poſſit hic etiam diſtingui, an quis ſoluerit cum nondum eſſet in poſſeſſione hæreditatis tanquam heres futurus, an cum iam eſſet, item an ex ſuis bonis ſoluerit, an ex hæreditate an ſoluerit verum debitum, an non verum, velut legata ex teſtamento, quod poſtea falſum aut inofficioſum apparuit, de quo caſu *in l. 23 hoc tit.* Et denique an ſoluerit debita hereditaria, an debita ex teſtamento velut legata aut fidei-

Digitized by Google

Tandem etiam hoc adnotamus, non eſſe perpetuum, vt quicunque petitionem alterius excludere poteſt, ſoluti habeat condictionem: quod accidit in naturaliter tantum obligato, qui exigi non poteſt, ſolutum tamen non repetit.

THESIS IX.

Lit. A.

Ex cauſa igitur.] Referendum eſt hoc ad lit. D. th. præced. vbi traditur indebiti loco eſſe, quicquid non ex bono & æquo debetur.

Hic diſputatur.] Otioſe hic repetitur quæſtio tractata th. 6. lit. D. vbi eam explicauimus & Tr. errorem notauimus.

Lit. B.

Tractatur hic difficilis quæſtio ad explicationem *leg frater à fratre 38. hoc tit* Vbi primo quæritur, an obligatio inter duos fratres ſub eadem poteſtate acquiratur omnimodo patri. Quod affirmat Treuil. & ait, quod obligatio naturalis tam creditoris ipſo iure quam debitoris ex æquitate patri ſit acquiſita. Quam oppoſitionem ego non ſatis capio, neque video, cur illi potius ipſi iuri, hoc æquitati tribuatur: neque etiam quomodo dicatur acquiri obligatio debitoris: quoniam ita ius eſt, vt creditor ſibi obligationem adquirat, quæ & nulla alia poteſt dici acquiri patri: alias ſi debitoris etiam tranſiret in patrem, ſequeretur, quod hic & acquireret obligationem & obligaretur, & ita ſimul eſſet debitor & creditor: quod vtrumque admitti nõ poteſt. Sed & Treutlerus hanc acquirendi rationem non ſatis bene pro ratione decidendi accommodat ad proxime præcedens, qua fratrem non repetere ſtatuit: cum tamen ſi obligatio omnino patri fuiſſet acquiſita, ratio qua in theſi vtitur de obligatione naturali inhibente repetitionem nulla eſſet, & ei quoque quod de obligatione duorum fratrum ead. theſ proponitur, male applicaretur. Cæterum quod ipſam rẽ attinet, verius eſt, obligationem naturalem in perſona duorũ fratrum eiuſdem poteſtatis conſiſtere. Eum qui mutuo accepit naturaliter obligari colligitur, quod hæc obligatio ex facto & conſenſu oritur, neque pater naturaliter aut pecuniam accepiſſe aut conſenſiſſe dici poteſt. Quod firmatur exemplo ſerui, qui contrahens ipſe naturaliter obligatur, & actio de peculio, quæ contra dominum detur non ex obligatione aliqua, ſed magis datiua eſt ex edicto prætoris, quod docet *leg. 50 § 2. de peculio.* Sed & amplius verius puto, quod frater qui pecuniam mutuam dedit, obligationem naturalem in ſuã perſonam acquirat, iiſdem rationibus & de ſeruo hoc docet *leg 14. de obligation.* & ſicut dominica ita & patria poteſtas impedire nõ poſſunt, quo minus naturalis obligatio naſcatur. Probatur hæc ſententia *ex princip. d l 38. hoc tit.* vbi dicitur, ſolutione poſt mortem patris facta vel perceptione patris peculii, obligationem naturalem ſublatam videri. Neque obſtat *l 9. § 2 & 3. de pecul* vbi dicitur domino deberi, quod debetur his qui ſunt in eius poteſtate: etenim hoc ipſo quod his quoque deberi dicitur obligationem agnoſcit ICtus, quæ non poteſt eſſe niſi naturalis: & dicitur deberi domino reſpectu effectus ad hoc, vt conuentus dominus actione de peculio illud deducere poſſit. Non obſtat etiam quod quicquid acquirunt, qui ſunt in poteſtate, ſtatim ad dominum vel patrem tranſire dicitur, adeo vt nec momento in ipſorum perſona conſiſtere videatur *argum. l. placet. 79. d. acquirend. heredi.* quia reſpondeo hoc obtinere in iis, quæ iuris ſunt non facti *arg. pr. Inſt. de ſtipul ſerv.* & reſpici in eo effectũ iuris, quod & dominium & agẽdi ius patri vel domino acquiritur, facit *l. qui heredi. de condit. & dem. l. 38. §. hi qui. de Verbor. Obligationibus. l. 18. d. reg. iur. l. 3. §. ſi quid minori de minor.* Eoque pertinet, quod pater & filius pro vna perſona haberi dicantur. Facit quod pater naturaliter obligatur filio *l. 38. §. quæſitum h titul* & filius pater *l. 9. § præterea de peculio. l 6 de pecul. legat.* vt multo magis frater fratri obligari poſſit: licet illud admittam facile, quod commodum etiam naturalis obligationis ad patrem pertineat, nec repugnabo, quo minus hoc reſpectu obligatio naturalis in patrem tranſire dicatur, quod recte etiam notat *Pacius in d l* 38. Porrò de hac ipſa re ita diſputat Tr. vt dicat obligationem naturalem ſublatam tum pro parte qua patri heres extitit frater, tum pro parte, quæ ad fratrem peruenerit: quia cum obligatio & creditoris & debitoris patri acquiſita ſit, ea partim confuſione partim perceptione tollatur. Hactenus Treutl. ſed minus recte, tum quia patre iam mortuo, quod ipſi obligatio quæſita fuit, ad eam tollendam facere non poteſt, ſed omnino de ea, quæ mortuo patre in perſona filii ſubſiſtit, tollenda, quærendum eſt, de quo etiam quæritur *in d. l. 38* tum quia ita loquitur Treut. quaſi pro parte reſpectu creditoris, pro parte reſpectu debitoris obligatio tollatur: quia tamen

men de obligatione, qua debitor obſtringitur tollenda diſputatur. Et vt addamus aliquid ad explicationem *l.38. h. tit.* quæritur in eius pr. ſi frater à fratre pecuniam, ſcilicet ex eius peculio profectitio viuo patre mutuatus, poſt mortem patris diuiſa hæreditate, diuiſis etiam peculiis, ita enim caſus ponendus eſt, ſoluerit, an habeat repetitionem. Reſpondemus cum Africano, pro ea parte qua heres extitit patri, omnimodo repetiturum, quia etiam ſi mutuum a fratre non accepiſſe, tamen mortuo patre confuſio eum hereditate peculio dimidiam partem iure hæreditario accepiſſet: & igitur obligatio pro parte confuſione ſublata eſt. Pro altera vero parte non omni modo repetiturum, ſed ita demum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem creditorem peruenerit: id eſt, ſi tantum ſummam, quantam a fratre mutuo accepit, tempore diuiſionis in peculio contulit, & ita hanc quoque alteram partem debiti expunxit. Cum enim hoc modo in ipſa diuiſione peculii debitum ſuum frater conſequutus ſit, compenſatione omnino obligationem ſublatam dicemus, & totius quod poſtea ſoluit frater, repetitionem dabimus, cum etiam frater creditor propter ſummam à ſe mutuo datam, minus in peculio contulerit fratri debitori. Quod ſi v. tantam ſummam in peculio frater debitor non contulerit, ſed debitum aut forte etiam plus conſumpſerit vel ſuppreſſerit, pro altera iſta parte, ex qua frater creditor heres extitit repetitionem denegabimus, quia pro ea parte obligatio naturalis ſublata non cenſetur. Vt res exemplo apertior fiat, ponamus, ex duobus fratribus ſingulos in peculio habere XXIV. Si res in eod. ſtatu maneat, in diuiſione hereditatis ſinguli à ſingulis ferent XII. Pone, viuo patre primum a ſecundo mutuo accepiſſe XII. poſt mortem patris eadem XII. in peculii diuiſione contuliſſe: eueniet ita vt ſecundus ex peculio primi, quod mutuo eſt XXXVI. conſequatur XVIII. primus autem ex peculio ſecundi, quod propter mutuum datum tantum eſt XII. ſolummodo ferat VI. qui tamen mutuo non dato XII. accepiſſet. Atque ita hoc caſu cum & iure confuſionis, in VI ſit extincta naturalis obligatio, & pro altera parte tantundem videlicet VI. in peculio contulerit primus, merito ſi poſtea per errorē prim⁹ XII. viuo patre mutuo accepta ſoluat, ea in ſolidū repetet, vt quidem pro parte qua heres extitit, & reliqua VI. pro parte, quæ in peculio contulit: & ex aduerſo ſecundus, qui in diuiſione peculii & hereditatis paterna totum debitum naturale conſequutus eſt, ſublata hoc modo tota naturali obligatione: nulla ex parte debitum illud naturale per errorē ſibi ſolutū retinere poteſt. Quod ſi vero ſummam mutuo acceptam nempe XII. in diuiſione peculii frater nō contulerit, & poſtea XII per errorem ſoluerit, dimidiā tantum partē, pro qua parte heres extitit, repetere poteſt, quippe quoad alteram partem obligatione, quæ per compenſationem extincta non fuit, integra adhuc ſubſiſtente, & cōdictionē inhibēte. quippe ꝙ propter mutuum a ſe conſumptum aut ſuppreſſum frater creditor minus in diuiſione cōſequatur, v. del ex peculio fratris debitoris tantū XII. & ex ſuo per mutui dationem diminuto, tātum VI. cum tamen peculio vtroq; quod in ſingulis fuit XXIV integrum manēte, ipſe XXIV habere debuiſſet. Ex quib. patet error Hott. qui in *pr. d. l. 38. h. t.* putat addita negatione legendū: *pro ea parte qua patri heres extitiſſet, non repetiturū*: cui⁹ quidem erroris illam cauſam eſſe apparet, quod ſine vlla ratione probabili, imo contra rationē contendit. Hott. nullam eius quod ſecūdus primo credidit rationem duci aut haberi oportere, quaſi ex mutuo data apud primum periiſſent. cū tamen vtiq; ea in commodū patris vertiſſe, aut alias integra in peculio retinuiſſe, aut expenſa reſtituiſſe potuerit.

THESIS III.

Lit. A.

Ait ceſſare hanc condictionem, ſi ex cauſa iudicati ſolutum ſit, & ſubiicit in allegatis, *ſiue iudicio verſus debitor abſolutus ſit.* Omnino male, ſiquidem abſurdū eſt dicere, quod debitor abſolutus ſoluat ex cauſa iudicati. Et pertinet hoc ad eam regulam, qua naturalis obligatio inhibere dicitur ſoluti repetitionem (quam obligationē nō tollit res iudicata) & exceptionem habet ad regulam traditā *th. 4 infr.* qua cōdicere dicitur, qui tutus exceptione perpetua ſoluit, quā etiā exceptionem nominatim ibid proponit Tr. ille autem caſus huc pertinet, ſi cōdēnatus ſoluerit, licet non fuerit verus debitor: quāuis ratio ſubiecta, ꝙ res iudicata pariat ciuilē obligationē, non ſat cōcludat: quia mera ciuilis obligatio ad retinendum ſufficiens non eſt. ideoq; addendū erat, quod pariat obligationē ciuilem efficacē, quæ non elidatur exceptione, cum res iudicata pro veritate habeatur: quæ etiam ratio eſt iuriſiurandi, vt condicere nequeat contra quē iuratū eſt. Et proinde hæc non ſatis bene tanquam ſingularia, & exceptiones, ponuntur. cum liquidū ſit, eū qui iure efficaciter conueniri & exigi poteſt,

teſt, multo minus ſoluentem cōdicere. Poſſit tamen caſus aliter formari, vt v. c nō cōdicat, qui ſoluit tanquam ex cauſa iudicati. licet reuera iudicatum nō ſit: tum propter autoritatem rei iudicatæ, tum quia hic lis creſcit propter inficiationem, ex cuiuſmodi cauſa ſolutum non condicitur, vt ipſe tradit Tr lit. D. (vbi tamen improprie loquitur, non condici ſolutum ex cauſa inficiationis:) quomodo etiam vt eſt lit. C ex cauſa tranſactionis ſolutū non repetitur, licet res nulla media fuerit *l. 65. §. 1. h. t.* Et omnino ambiguitate laborat hæc propoſitio Ceſſare condictionem ſi quis ex cauſa iuris iurādi ſoluat: quia ceſſat cōdictio, ſi ſoluatur ei qui iurauit ſibi deberi: minimè autem ceſſat: ſi ſolutum ſit ab eo, qui iurauit, ſe non debere, cum huic & exceptio perpetua cōpetat, & naturalis obligatio per iuramentum ſoluatur *l. 95. §. 4.* & ſolut in quib. adeo terminis male res iudicata & iuſiurandū cōiunguntur. Eadem tranſactionis ratio eſt, vt qui tranſactione liberatus ſoluit omnino condicat, non autem ſi ſolutum ei, cui ex cauſa tranſactionis etiam putatiue debebatur.

LIT. F.

Si pœnæ nomine.] Apparet ex textibus allegatis, q a Tr. diuerſi caſus confundātur, velut in ſpecie *l. 19 in pr. & l 42. h. t.* Hæc ait pœnas depenſas nō repeti, quod exēplis illuſtrat *Cuiac. 8 obſ. 29.* Illa vero ait, ſi pœnæ creditoris cauſa, debitor liberatus ſit, naturalem oligationē manere, & idɇo ſolutum nō repeti: quia caſus ab illo omnino eſt diuerſus, vt res ipſa loquitur, & exempla ab Acc. ad *d. l 19.* notata docent, & ſumma eius leg à Iaſ. Sal Caſtrenſ. ibid. tradita: quod liberatus ex aliqua diſpoſitione legali inducta in metum odiū debitoris, naturaliter maneat obligat. s

LIT. G.

In th. hæc verba proponuntur, quod cōdictio hæc 30. annor præſcriptione elidatur: & in exegeſi hæc limitatio ſiue explicatio ſubiicitur, *ſi indebitū à domino ſolutum ignoranter fuerit acceptū.* Vbi nō diſputabimus, an beneficio præſcriptionis tollatur, ā elidatur actio & obligatio, de quo agitur inf p. 2. diſp 29. ſed ſi verba Tr. ſequimur, hoc efficitur, quod ſi indebitum ſcient acceptū ſit, vel à non domino ſolutum, cōdictio hæc 30. annis non finiatur. Quod quidem perſpicue falſum eſt, cum ex *l. 3. C d. præſcript 30 amor & l. 1. C. d. annal exc.* omnes actiones citra tituli vel bonæ fidei conſiderationem, non iure aliquo acquiſitionis, ſed ſolo & ſimplici temporis lapſu excludantur & finiantur. Sed nimirum quod ex allegatis apparet, diuerſiſſimas quæſtiones Tr. cōfundit. Diſputant illi, an accipiens indebitum ſolutum ſciens, ſi modo ſoluentem dominū eſſe putet, rem acceptam vſucapere poſſit: quod putat Bart. & poſt eum defendi poſſe exiſtimat Iaſ. quod accipiens non committit furtum & poſſit videri ſatis eſſe ad uſucapionem cōtra tertium, quod accipiens ſoluentem dominum eſſe putauit: & adeo diſputant de caſu ſoluens non dominus fuit, cum tamen Tr. ſoluentem dominum eſſe velit, & adeo ſententiam Dd non præceperit. De eo autem minime Dd. dubitant, quin cōdictio indebiti præſcriptione tricēnali tollatur. In eo autem citatum Zaſium manifeſte labi exiſtimo, quod ex *l. 13. §. 1. h. t.* accipientem vſucapere quidem affirmat, ſi in bona fide fuerit, verum vſucapere non ſibi, ſed ei qui ſoluit: ex inepta ratione, quod *in d. §. 1.* non obſtante longi temporis præſcriptione condictionem dari reſpondetur. Enim verò longe alius illius loci ſenſus eſt videlicet, quod ſicut vſucapio non tollit ius pignoris, *l 1. §. 2. de pign.* ita quoq, non tollit ius cōdicendi, quoniā actio perſonalis, ex ratione iuris antiqui perpetua, ſiue vſucapione, ſiue longi temporis præſcriptione nequit: & quod dominium penes accipientem eſt, non poteſt impedire condictionem indebiti, quæ contra dominum datur, & vt maxime ſtatim dominium tranſlatum ſit, locum habet.

THESIS XI.

Ait condictionem ſine cauſa eſſe ex promutuo. Quod non recte dici initio huius diſp. notauimus. Ait eam dari, etiamſi cauſa ſequuta nō ſit: Vt intelligamus, ſicut condictio indebiti, ita & hanc condictionem ſumi in ſpecie & in genere, ita vt cum aliis condictionibus concurrat, quod recte ipſe proponit Tr. lit. B & lit C refert quatuor caſus, quibus condictione ſpeciali ſine cauſa opus eſt, 1. vt repetatur chirographum pecunia non numerata. Vbi tamen videri poſſit locum habere condictio cauſa data. Sed dicam pro Tr. eam in ſpecie locum habere, vbi quid datur pure, vt aliud quid detur & fiat, chirographum autem ſub conditione vel ſub hoc modo dari videtur, vt pecunia numeretur: quo non ſequuto incipit res ſine cauſa penes accipientem eſſe. Ad ſecundum exemplum de fructibus conſumptis à malæ fidei poſſeſſore poſſit addi & illud de fructib. perceptis a bonæ fidei poſſeſſore. & adhuc extantibus: quippe victa re, & probato poſſeſſorē dominum non eſſe nec fuiſſe, apud percipientem ſine cauſa eſſe videntur. Quartū exemplū eſt. *in l ſeru. 30 verſ. ſec d act. ēpt.*

THES,

Digitized by Google

THESIS XII.

Lit. A.

Vt fur & poſſeſſor.] Ait furem teneri hac condictione, vt furem & poſſeſſorem. Quod poſterius verum non videtur, quia vt poſſeſſor tenetur rei vindicatione, & condictio hæc actio in perſonam eſt, quæ etiam conſumpta citra conſiderationem poſſeſſionis datur

Dico furem teneri.] Verba hæc ſunt: *furem teneri rei vindicatione vt poſſeſſorem*: quod &, *verum eſt, vt abſque pretii reſtitutione ab alio quouis poſſeſſore &c. vindicare rem poſſit.* Quod contorte & vitioſe proponitur: quia aliud eſt teneri furem ipſum, aliud poſſeſſores alios, qui non propter furis, ſed propriam poſſeſſionem rei vindicatione tenentur: quod ſcil. Treutl. dicere voluiſſe. ſequentia confirmant, quod poſſeſſor titulo emptionis etiam ſine pretio rem reſtituere teneatur. In quo tamen vix dubitandi ratio eſt, cum hæc ſit certa & perpetua actionis in rem natura, vt probato dominio res quocunque poſſeſſa titulo veniat reſtituenda.

Lit. F.

De origine vero.] Proponit hic quæſtionem, vnde deſcendat condictio furtiua: & ipſe duas opiniones proponit, alteram communem, quod ſit ex maleficio, alteram Saliceti, quod oriatur ex variis cauſarum figuris: quæ licet Tr. probata & inepta videtur, tum quod controuerſiam an condictio hæc ex delicto deſcendat, nec ne, non decidit illa ſententia; tum quod cum Sal. hanc opinionis ſuæ rationem reddat, quod oriatur ex delicto ex parte rei, & ſimul ex dominio vel quaſi ex parte actoris: attamen ex variis cauſarum figuris oriri *in l.1. in pr. d. obl* ſignificat diuerſos plurium actionum fontes, minime omniũ autem, quæ vna eademque actio ex duplici cauſa oriatur. Sed & ſiquidem ex parte rei ex delicto oritur, vtique ex delicto & maleficio eam oriri verum eſt. Mihi hæc actio datiua potius quam natiua videtur, quippe cum detur contra rationem iuris domino contra non dominum: & actionum ex delicto hoc proprium eſt, vt ad vindicandum delictum ſint comparatæ, cũ condictio iſta quod ex patrimonio nobis abeſt, proſequatur; ſicut & actiones ex contractu ob dolũ defuncti in hæredes dantur. neq; tamen ex delicto aut dolo eſſe dicuntur. Et videtur hæc cõdictio quaſi iure dominii ad inſtar vindicationis competere, hoc ſpeciale habens, vt etiam re perempta detur, & contra hæredem non poſſeſſorem, & quod odio furum introductũ ſi, ipſum ex delicto eam non eſſe arguit. Ex quo fit, vt cõductori vel aliis, quibus tamẽ actio furti ad vindicandum delictum conceditur, at condictio furtiua denegetur & ſoli domino datur *l. 1. d. cõdic furt. l. 14. d. furt.* itemq; vt contra eum, cuius conſilio furtum factum eſt condictio furtiua non detur *l 53 inf. d. verb. ſign.* cum tamen actione furti teneatur: de quo *infr. p 2 diſp.* 30.

Lit. C.

Condictionem furtiuam hic ita diſtinguit, quod alia ſit certi, alia incerti. & quidem ab ipſa re, quæ furto ſublata fuit: & tamen has ita inter ſe opponit, vt illa tantum domino, hæc etiam bonæ fidei poſſeſſori detur. Quo poſito neceſſario ſequitur, diſtinctionem hanc non recte à rei qualitate peti: quod alias etiam, qui bona fide rem certam poſſedit condictione certi recte experiretur.

THESIS XIII.

Lit. B.

Verum eſſe non poteſt, quod hic in genere affirmat contra quemcunque poſſeſſorem rei ex non iuſta cauſa, condictionem furtiuam dari. Nam præterquam, quod in re immobili hoc procedere non poteſt, etiam abſurdum videtur, vt quæuis cauſa iniuſtitia inducat furtum. Sed & exemplum ex *l. 4. §. 1.* non ſatis quadrat: vel quia fortaſſis locus ille non recte de condictione furtiua explicatur, vel ſi de ea explicandus eſt, creditor non tanquam poſſeſſor, ſed ſimpliciter tanquam fur tenebitur: & ad fundandam actionem perſonalem poſſeſſione opus non eſt.

Lit. B.

An dati aduerſus hæredes quatenus hæredes ſunt: quod explicat in exegeſi, non in quantum ad eos peruenit, aut quatenus facere poſſunt. Vbi plane abutitur hac poſteriori phraſi: quia in quantum facere poſſunt, dicuntur teneri certæ perſonæ, quæ habent beneficium, ſiue exceptionem, quam vocant competentiæ: & minime hæc ſynonyma, ſed diuerſiſſima ſunt, teneri vltra id quod peruenit, & teneri vltra id, quod quis facere poteſt Cæterum quæſtionem illam, an condictio furtiua detur in hęredes in ſolidũ, an in quantum ad eos peruenit, tum quod vulgata ſatis eſt, tum ꝙ ab hoc loco paulo alienior plenius hic exequi animus non eſt: hoc ſaltem dicere libet, diſtinguendum hic eſſe inter actiones ex delicto etiam rei perſecutorias; quod aliæ perſequantur inſtar cuiuſdam vindicationis, quod ex patrimonio nobis abeſt: aliæ vero

ipſæ

Digitized by Google

ipſi delicto & dolo quodammodo vindicando comparatæ ſunt: ex quo reſponderi poteſt *ad l. 7. §. vlt. cum l. ſeq. de tribut. act. l. 4. §. vlt. cum l. ſeqq. §. 6. & 7. de alienat. iudic. mut.* cuius generis actiones licet rei perſecutoriæ ſint, in hæredes tamẽ in ſolidum non dantur: quia vt dicitur *in d. l. 7. d. alienat. iudic. mut.* videntur ex delicto dari: ex quo dicitur differentia inter has actiones & cõdictionem furtiuam, quæ ſimpliciter perſequitur, quod nobis abeſt. & vt paulo ante probatũ ex delicto non eſt. Plane nouam diſtinctionem proponit hic *Perennon. 2. animadu.* 7. an condictio furtiua competat ex cauſa contractus bonæ fidei, veluti ſi commodatarius vel depoſitarius contra legem conuentionis re fuerint vſi, an ex alia cauſa: vt non hoc, ſed illo demum caſu actio in ſolidum in hæredes detur, ſicut aliàs ex cauſa doli à defuncto commiſſi hæredes in ſolidum conueniuntur.

Lit. G.

Non recte ſimpliciter ait, ſi res reſtitui non poſſit, præſtari quod intereſt: ſiquidem etiam iurabitur in litem *l. 9. d. in lit. iurand.* quæ communiter de condictione furtiua explicatur, licet ei etiam in actione furti locum eſſe probet *Ant. Fab. 16. coniect. 11. & 12.*

Ideoque æſtimatio.] Ex eo quod in th. ait, intereſſe præſtari, non recte infertur, æſtimationem eius temporis fieri, quo res vnquã plurimi fuit. Cæteroquin ſententia ipſa probatur *ex l. 8. §. 1. d. condict. furt.* & ex ratione non obſcura, quod cũ ex ratione iuris fur ſit in perpetua mora, merito eius temporis ratio ineunda eſt, quo vnquã à die commiſſi furti res pluris fuit. Contra quã tamen ſententiam diſputat *Ant. Fab. 16 coniect. c. 11.* & contra verbarum etiam rationem ſubiectam *in dict. l. 8 §. 1* Vlpianum ita explicat, vt tantum ſpectetur tempus litis conteſtatæ vſque ad ſententiam motus vnico textu *in l. 2. §. 3 d. priuat.* vbi idem Vlpian. ait, quod condictio furtiua non egrediatur retro. ſum iudicii accipiendi tempus. Sed facilis reſponſio eſt iudicii accipiendi tempus ſignificare ipſum tempus delicti commiſſi, quo naſcitur actio, & iudicium accipiendum dici poteſt; neque ICti vnquam tempus litis conteſtatæ tempus accipiendi, ſed accepti iudicii appellare ſolent. Confirmatur hoc ex oppoſitione quæ fit *in d.* §. 3. condictionis furtiuæ & actionis *l. Aquil.* in qua ita ius eſt. vt temporis quod delictum anteceſſit, ratio habeatur, & quanti res retro vel 39. diebus proximis vel toto anno fuit: in condemnationem deducatur: ſecundum quam explicationem elegantior erit damni dati & furti oppoſitio. Et facit contra Ant. Fabr. quod *in l. 13. d. condict. furt.* etiam celaturæ, quæ furtiuis poculis impoſita eſt. quod vtique non demum poſt litem conteſtatam factum videri poteſt, æſtimatio præſtanda dicitur.

Ad.

DISPUTATIO XXIII.

DE CONDICTIONE EX LEGE ET TRITICIARIA, &c.

THESIS I.

Lit. A.

H*Actenus condictiones magis ſpeciales*] Atquin condictio etiam indebiti & ſine cauſa generales ſunt iuxta notata *th. praeced. niſi quis.* inter gradus generalitatis, vel generalitatem cauſæ & obiecti diſtinguat.

Lit. B.

Cum dicimus condictionem ex *l. verba ex lege*, materialiter eſſe accipienda, ait, non vero vt denotent cauſam efficientem. Verum nihil obſtare videtur, quominus etiam hanc denotent, cum vtique quod ipſe Treutl fatetur, condictio hæc ex noua lege & obligatione deſcendat. Et ita ſane eſt, vt ea pariter cũ aliis ex l. ſit, ſed quia proprium nomen nõ excepit nomẽ ſibi generis ſumpſerit: ſicuti cum actionem ex ſtipulatu, qua in certum petitur, dicimus, cauſam ſimul agendi ſignificamus. Et ita ſic quoque verba *ex lege* denotabant, & cauſam efficientem & nomen actionis: quod poſterius bene probatur *ex l. vn. in fin. d. condict. ex L.* ibi, *ex lege agendum eſt:* quibus verbis niſi nomen actionis ſignificaretur, vitioſa eſſet oppoſitio ad alias actiones, quæ ex ipſa lege nomen acceperunt, & per quas haud dubie ratione cauſæ efficientis etiam ex l. agitur.

Lit. C.

Legem hic pro omni,] Ait ſe legem pro omni conſtitutione accipere, quæ ſtatim vt lata eſt.

obtinet vim legis. Quod quale ſit non ſatis capio, quia de eſſentia eſt omnis legis; vt ſtatim vbi lata eſt, vim ſuam obtineat.

Talis eſt hodie.] Nimis ita reſtringitur materia, ad has ſpeciales conſtitutiones. Sed & cum condictio hic actio ſit, qua aliquid petimus & repetimus, non videtur hoc ad conſtitutionem fractæ pacis poſſe accommodari. Deinde cum loquatur de ſuperiori legem ferente, conſtitutiones illæ non ab Imperatore ſolo, ſed ſimul à ſtatibus Imperii latæ ſunt.

Quod igitur de cæterorum.] Statuta Principum Germaniæ cum iure prætorio, & quidem antiquo proprie dicto, & ſecundum originem ſuam conſiderato comparat, poſt *Iaſonem in leg. 5. Codic. de iudiciis. col. 5. in princ.* & inde magis patet, quod Treutl. edicta prætorum legibus opponit, cum illa alias vt ab Hadriano & Iuſtin. confirmata omnino vim legem obtineant. Verum ego ſtatuta horum principum potius legibus annumeranda, & ex iis condictionem ex lege oriri cenſeo: vel ex hac ſola ſed ſolida ratione: quod non edicta prætorum nudo magiſtratus iure ferentur & deferentur. Principes Germaniæ, qui quantum Imperator in Imperio, tantum & plus in territorio ſuo poſſunt, non ſimplicis magiſtratus, ſed iure ſuperioritatis, & Regalium, imo etiam quodam iure Maieſtatis ſtatuta in prouinciis ſuis condunt. Etenim principum horum poteſtas iam eſt perpetua, irreuocabilis, iure quodam regio competens, & quædam & ἀυτοκρατορία, & obtinent illi ditiones dignatione regia, habent iura regia, & omne ius ſuperioritatis, & eam ratione ſubditorum poteſtatem, quam Imperator, & illorum reſpectu par ius habent cum eo, qui ſuperiorem non agnoſcit, & cum ipſo Imperatore & Regibus ſunt comparandi, & in terris ſuis regalia & iura Maieſtatis habent & exercent, & nominatim ius condendi & mutandi leges, quas etiam Imperialis Camera in iudicando attendere tenetur: adeo vt in hos principes etiam crimen maieſtatis, licet non ead. grauitate pœnæ puniendum, committatur: ſicuti hæc omnia fuſius explicantur *ab And. Knich. d. ſublim. territ. iur. c. 1. n. 64. & n. 216. & n. 288. n. 401. n. 419. c. 2. n. 3. & 4. & in tract. d. Saxon. iur. non prouocandi. verbis. Ducum Sax. c. 1. n. 64. vſque ad fin.* vbi quamplurimos adducit *& c. 5. n. 6. & ſeqq. & in d. tract. d. territ. iur. c. 1. n. 355. 391. & 397. Alciat. reipubl. 12. num. 11. lib. 3. VVeſemb. conſil. 27. num. 18. Zaſ. in l. 3. de iuriſd. num. 27. Scip. Gent. lib. 3. d. iuriſd. c. 23. & 29. Schrad. d. feud. part. 10. ſect. 1. num. 30.* vbi infinitos allegat. *Obrecht. d. iuriſdict. cap. 4. num. 16. Bald. in l. donationes quas. Cod. d. donation. int. vir. & vxor. & in l. fin. Cod. d. teſt. milit. Alexand. conſil. 1. num. 29. vol. 5. Paul. d. Caſtr. part. 2. conſ. 34. numer. 1. & in l. ſi clericus. num. 6. in fin. Cod. de Epiſcop. audient. Roland. à Val. vol. 1. conſ. 88. num. 1. & 28. Coler. d. proceſ. executiu. c. 1. num. 150. & ſeqq. Modeſt. Piſtor. vol. 1. conſ. 24. num. 1. VVeſemb. conſ. 1. num. 39. Pruckman. conſ. 13. n. 73. vol. 1. Decian. conſ. 56. num. 2. vol. 5. Pauermeiſt. lib. 1. d. iuriſd. c. 6. num. 2. vol. 5. VVarmundt ab Ehrenberg in veroſimilib. c. 2. num. 17. Clar. lib. 5. §. læſa maieſtas num. 3. Alex. lib. 6. conſ. 13. num. 2. Knich. d. territ. iur. c. 1. num. 397. & c. 3. n. 260. & d. iur. non prouoc. verbis ducum Sax. c. 5. num. 477.* Quæ addi poſſunt iis, quæ ſupra *diſp. 3. th. 6.* de iure & poteſtate princip. German. notata & diſputata fuerunt.

Vt ſummatim dicam.] Obſcure hic loquitur Treutl. quod condictio hæc non deſcendat ex iure gentium, quia eius occaſione præſcriptis verbis actio detur. Equidem ex obligatione iuris gentium, ita enim potius loqui debebat, etiam aliæ actiones, & ex aliqua, nulla actio naſcitur, argum. *l. 7. de pact.* Et Tr. forte hoc ſentit, quod ſicut deficiente nomine actionis ex cauſa obligationis ciuilis condictio ex lege competit: ita deficiente nomine actionis ex cauſa obligationis iuris gent. detur actio præſcriptis verbis, videlicet quatenus de obligationibus etiam iuris gentium ad rationem iuris noſtri ciuilis diſputatur. Eoque pertinere videtur, quod de iure prætorio ſubiicit, de actione in factum ſubſidiaria: hoc videlicet ſenſu, non quod ex iure prætorio ſola hæc actio deſcendat, ſed quæ ex cauſa obligationis, vt ita dicam, prætoriæ, ſi nulla ordinaria prætoria actio ſit, recurratur ad iſtam ſubſidiariam. Atque ita ſecundum tria obligationum, ex diuerſis iuribus genera, tria erant etiam genera actionum ſubſidiariarum: actio præſcriptis verbis, condictio ex lege, & in factum prætoria. Ratio autem cur actio iſta in factum, non dicatur condictio ex lege, expedita eſt, quod prætores poteſtatem condendæ legis minime habuerunt: licet poſtea edicta à Iuliano collecta, autoritatem legis ab Hadriano acceperint: ita tamen, vt quod ex iure noſtro apertiſſimum eſt, naturam quodammodo originis ſuæ retinerent: quod Hadrianus potius autoritatem eorum perpetuam fecit, quam vt reuera autoritatem & poteſtatem iuris ciuilis iis tribuerit. Plane edicta qua talia nunquam

leges

Digitized by Google

leges fuerunt, nec reuera poteſtatem legis habuerunt, niſi poſtquam Iuſtin. ſpeciale robur iis adiecit: ideoque caute accipiendum eſt, quod ait Treutl. edicta prætorum non ſtatim vim legum habuiſſe.

LIT. D.

Lege aliqua noua.] Obiicit hic Accurſ. quod etiam ex veteri lege condictio hæc detur, velut in ſpecie *l. ſi poſtulauerit. §. fin. cum l. ſequen. de adulteriis* & dupliciter reſpondet, vel quod verbum, *noua in l. un. h. tit.* determinet verbum *obligationis*, vel quod reſpectu vetuſtiſſimæ legis XII. tabb. omnis lex eam ſequuta dicatur noua: quod referunt & ſequuntur *Caſtrenſ. & Salicet. ibid.* & admittit ipſe Bart. & L. XII. tabb. nominatas & legitimas actiones introduxit. Si quis autem exiſtimet, ex omnibus legibus poſt XII tab. condictionem hanc ex l. dari, proculdubio errauerit: vel quia lex actioni nomen dare poteſt, argum. *d. l. vn. h. tit.* vel quia ſicut actiones prætoriæ pleræque ab autore edicti, ita quoque ab autore legis actiones aliquando denominatæ fuerunt.

Nouam autem intellige.] Ait intelligi nouam omninò non renouatam vel confirmatam: quoniam actio quæ ante fuit & nomen habuit, etiam poſt renouationem vel confirmationem eadem manebit. Sed illud incommodum eſt, quod ſubiicit, *qualis eſt actio præſcriptis verbis & L. Aquilia* quia vtique actiones non poſſunt dici leges. Dicere fortaſſis voluit, quod obligatio quæ ex contractibus innominatis ſecundum ius gent. oritur, ſit iure ciuili confirmata: vt hinc rationem dubitandi ſumere videatur, quod etiam hæ obligationes ſint ciuiles, nec tamen ex iis naſcatur condictio ex lege. Verum eadem ratione omnium aliarum obligationum, quas ius ciuile confirmauit, mentionem facere potuiſſet. Et verò minime affirmandum eſt, quod ex nulla obligatione iuris gent. iure ciuili confirmata condictio ex lege detur: velut in caſibus, quibus obligatio iuris gent. deſtituta ſynallagmate lege aliqua confirmatur: cuiuſmodi eſt obligatio ex nudo pacto de donando, quod confirmauit Iuſtin. *in l. 35. C. d. donat.* ex qua omnes condictionem ex lege dari ſtatuunt. Et cum ipſe Treutl. exemplum huius condictionis petat ex conſtitutione Zenonis *in l. 1. C. d. iur. emphyt.* obligationem tamen illam ante Zenonem fuiſſe conſtat. Neque obſtat, quod *in l. vn. h. tit.* requiritur, vt obligatio ſit noua & noua lege introducta: quia intelligenda eſt obligatio noua non ratione materiæ & eſſentiæ, ſed ratione efficaciæ & confirmationis quomodo obligatio inefficax in iure pro nulla haberi ſolet.

Exempla condictionis] Exemplum patet ex *l. diffamari C. d. ingen. manum.* Non rectè, quia nihil hic petitur dari aut fieri, ſed tantum imploratur officium iudicis ſui, vt iniuſto diffamanti præfigatur terminus ad agendum & probandum, aut perpetuum ei ſilentium imponatur, & hic nullum adhuc iudicium nulla reuera actio eſt. Alterum quoque exemplum ex *l. 1. C. d. iur. emphyt.* in dubium vocari poteſt: ſiquidem obligatio illa minime noua, neque nuda, & ex veriori ſententia contractus Emphyteutica iuris gent. eſt: neque eſſentiam obligationis introduxit Zeno, neque actionem, quæ etiam ante eum competebat, ſed tantum contractum diſtinxit. Sed & cum contractus iſte nomen habeat, nomen etiam habebit actio, nec proinde ad condictionem ex lege confugere neceſſum erit.

LIT. E.

Ait quod abuſiue loquentibus, omnis condictio ex lege videatur. Hæc quidem magna fuerit abuſio, & poſſit etiam hac abuſione omnis actio ex lege appellari. Vtique condictiones quæ cauſam propriam habent, contractum vel quaſi, manifeſtam ab hac condictione habent diuerſitatem. Quod autem poſita obligatione actionem poni dicit, aut de obligatione ciuili, aut de obligatione ſecundum unumquodque ius conſiderata erit accipiendum.

THESIS II.

LIT. A.

Ciuilem ait eſſe condictionem triticiariam, & tamen ab autore nomen accepiſſe contendit. Verum hoc poſito prætoriam eam eſſe tentari poſſit: ſiquidem ſi ciuilis ſit, legem aliquam populi Romani autore Triticio aliquo latam fuiſſe oporteret: cuiuſmodi legis nullus Romanarum legum collector vnquam fecit mentionem: quamuis nec vllam plane gentem Triticiam dictam ab Onufrio, Fuluio Vrſino, Auguſtino relatam videam.

LIT. B.

Stricti iuris.] Tētari poſſit Cuiacio, cōdictionē hāc eſſe arbitrariā 1. quia alias ſuperuacua videri poſſit, ſufficiente generali condictione certi vel incerti. 2. quia alias cur in hanc actionem ſola

 pecu-

pecunia numerata non veniat, non videtur cõmoda dari poſſe ratio: friuola enim eſt Tr. lit. D. quod hic ſufficiat condictio certi: quoniam hæc non tantùm datur pro pecunia numerata, neque certi tantum, ſed etiam incerti condictio legibus prodita eſt. Quod ſi igitur hæc ratio ſufficeret, nec pro aliis hæc condictio daretur, quia condictio certi vel incerti ſufficeret. Et igitur probabiliter ſtatuemus huic condictioni locum eſſe, vbi res poſt culpam vel moram deperdita eſt, cuius æſtimatio arbitrio judicis permittatur, vt hactenus: licet non eodem modo, quo aliæ actiones arbitrariæ ſunt, hæc quoque arbitraria poſſit appellari.

THESIS III.

Lit. A.

Supereſt, inquit, actio de eo quod certo loco. Vbi non apparet, quo reſpectu iſtam actionem ſupereſſe dicat, ſiquidem non habet rationem finis aut extremi, neque in Digeſtis neque in theſibus Tr. cum poſtea tractet de conſtituta pecunia. Cæterum quæ prolixe de ratione continuationis tradit, nullius momenti ſunt quibus rationem reddere conatur, quare de hac actione in D. C. & Inſt diuerſiſſimis locis tractetur. Neque quicquam tam alieno loco collocari poterit, quod ſi ita agatur, non aliquo colore poſſit defendi: & ita in D. libr. 2. & 5. & 45 hæc materia proponi potuiſſet. Cæterum continuatio Cuiacij rectius ſe habet, per not ad th. 2. lit. B.

Lit. B.

Qua & ipſa eſt condictio.] Generali appellatione omnes actiones in perſonam condictiones dicuntur: an autem in ſpecie condictio recte appelletur, merito dubites: niſi quatenus hæc actio ex ſtipulatu aut mutuo datur, ex quibus per ſe condictiones naſcuntur. Illud autem recte, quod hanc actionem ait, nouam eſſe non genere actionis, ſed qualitate: id eſt, vt actione ex ſtipulatu mutuo, ex teſtamento adijciatur qualitas loci alieni, propter quam æſtimatio iudicis arbitrio committatur. In quo manifeſto lapſus eſt *Anton. Fab. 15 coniect. 2.* vbi hanc actionem negat eſſe ex vlla præcedenti obligatione, nec prius naſci eam vult, quam in illo loco repertus fuerit, qui conueniri debet. Quæ ſententia etiam refutatione indigna eſt: quis enim nouus ille modus producendi actionis? & quam abſurda & inepta actionis cauſa, deprehẽſio rei in loco vbi eũ cõuenire velis? & ſi creditor mutata volũtate nõ agat, ridiculũ erit propter nudam eius voluntatẽ naſci & expirare actionẽ. Et vero actionem arbitrariam ab actione ex ſtipulatu ſpecie cauſa & origine diuerſam non eſſe, quod abſurde contendit Ant. Fab. docet aperte *l. 2. § 1. de eo quod certo loco.* vbi ICtus ait, hanc actionem ex ſtipulatu venire facit *l. 16 § 1 d. cõſt. pec.* vbi dicitur, ſi certo loco quid conſtitutum ſit, etiam alio loco agi poſſe: actione videlicet ex conſtituto non noua: additur enim, exemplo arbitrariæ actionis, ex ſtipulatu nempe competentis. Neque enim ideo in hac ſpeciale eſſe dicendum eſt, quod vtpote prætoria, ex æquitate magis deſcendat. Nam & actio ex teſtamento, quæ etiam propter loci adiectionem arbitraria fit *l. 5 d.* eo quod cert. recte æquitatis rationem habere dici poteſt, vtpote conſeruandis defunctorum voluntatibus vtilitatis & neceſſitatis cauſa introducta *arg. l. 5 in pr. d. oblig. et* E. quidni dicamus, actionem ſtricti iuris, autoritate legis, penes quam eſt omnium actionum conformandarum facultas, per adiectionem loci vtilem fieri ex directa & obliquari.

Lit C.

Quia eſt arbitraria.] Notatum eſt ſupra ad diſp. 11 duplici ſenſu actiones arbitrarias dici: altero, quod arbitrium aliquod ſententiam definitiuã præcedat: altero, quod totum arbitrio iudicis permittatur: quod contingit in hac actione, vbi propter vtilitatem loci reo ademptam pure peti non poteſt.

Lit. E.

Enumerat hic ſpecies conuentionũ, ex quib. hæc actio arbitraria competat, cautionem, id eſt ſtipulationem mutuum & conſtitutum, & ſubiicit in aliis quoque conuentionibus idem fieri ſi ſtricti iuris ſint. At non videntur eſſe aliæ: ſiquidem quod ad actionem ex teſtamento attinet, illam arbitrariam facit non conuentio, ſed iuſſum teſtatoris de ſoluendo certo loco *l. 5. h. t.* neque puto reſpexiſſe Tr. ad caſum ſingularem., quo forte ex cauſa contractus innom nati datum aliquid eſt, vt certo loco pecunia detur: quamuis actio præſcriptis verbis non ad implendum præeſſe contractum, ſed ad intereſſe conferatur: *l. 5. § 1. d. præſcript verb.*

Lit. F.

Negat neceſſum eſſe, vt arbitrii mentio fiat. Verum ego magis ſentio cum Hotiom. quem pro diſſ. citat Tr. quo iam ſola arbitrii mentio facit, vt hæc actio alio loco vtiliter inſtituatur, qua de cauſa arbitraria, & in arbitrium iudicis conferri dicitur *l. 2. in pr. & l. 3. h. t.* & alias non

facta

Digitized by Google

facta arbitrii mentione plus loco petiturus eſſet actor.

LIT. G.

Non quouis ſed idoneo loco.]Homonymia hic eſt in verbo, *idoneo*, quoniam qui vbique peti poſſe putant, omnem locum idoneum eſſe affirmant. Cæteroquin hæc ſententia Tr. eſt, iis locis agendum eſſe & agi poſſe, quibus aliàs non adiecto loco recte ageretur. Etenim abſurdum fuerit locum adiectum ei fini, vt facultas agendi conſtringatur, hoc operari, vt facultas agendi longe lateque & quidem contra intentionem contrahentium amplior fieret Et cum præter hoc ſpectauerit, ne facultas agendi intercideret, ſatis eſſe debet, creditori, ſi poſſit experiri illis locis, quibus aliàs ius eſt. Et inde commode explicandi ſunt textus *in leg. 49. d. iud. & in leg. 16 de conſtit pecun* vbi dicitur, vbique peti poſſe, & quocunque loco: quocunque ſc. agi potuiſſet, ſi locus adiectus non fuiſſet. Neque aliter defendere poſſis aliorum ſententiam, niſi rentaueris iure Romano ordinario in quocunque loco quis reperitur, ibi conueniri poſſe: quod licet in republ. eiuſmodi, in qua omnes Magiſtratus ab vno abſolute ſuperiori dependent, abſurdum adeo videri non poſſit, attamen iuri noſtro conuenire non videtur, ex quo hoc ſpecialiter vrbi Romæ datum videtur, vt illa ſorum commune omnium ciuium Romanorum eſſet. Et facit pro ſententia Tr. quod dicitur *in l. 27. de condict indeb* eum qui certo loco ſe debere putãt ſoluit, quouis loco repetere poſſe: quod ſane accipi debet de loco, vbi aliàs accipiens conueniri poſſet, nec dubium haberi, quin ibi quilibet locus opponatur ei, quo pecunia ſoluta fuit. Et ineptum eſt, quod *Bart. in l. 1. h. tit* notat, reum conueniri tanquam fugitiuum, maxime cum etiam ex iuſtis cauſis impeditus hac actione recte conueniatur Nec magis illud eiuſdem Bart. ſolidum, quod reum ita grauatum in alio releuari dicit, quod eius intereſſe habeatur ratio. Sed neque ſequitur ſolui poteſt quocunque loco. *l 137. §. 2. d. V. O* Ergo etiam peti: quia exẽplum quod ibid ſtatim ſequitur, hanc illationem à ſolutione ad petitionem perpetuam & generalem non eſſe oſtendit: & in noſtris terminis hæc perſpicua differentiæ ratio eſt, quod vt aliquo loco petatur, ita vt iudicio reus conueniatur, (aliàs enim extraiudicialiter vbique peti poteſt) forum competens & iuriſdictionem oportet eſſe fundatam. Denique ſententiam iſtam confirmat, quod ex recepta & vera ſententia locus contractus non ſimpliciter, ſed tum demum tribuit forum, ſi reus ibi reperiatur. Et ergo cum locus contractus modus ſit ſortiendi fori, inde neceſſario conſequitur ſolam repetitionem in loco, citra conuentionem ibi celebratam, non tribuere forum in ciuilibus: quia in delictis & criminalibus hoc ſpeciale eſt, vt reus vbicunque repertus poſſit accuſari.

THESIS IV.

LIT. A.

Ait in theſi, hanc actionem ab aliis actionib. arbitrariis cauſa differre, quod eam non contumacia vel dolus, ſed locus adiectus pariat. Hoc quidem ſuo fortaſſis modo defendi & ſaluari poteſt: ſed improprie & inſubtiliter dicitur, quod v. c vindicationem, actionẽ, quod metus cauſa, contumacia pariat vel dolus: ſiquidẽ arbitrium contumaciam præcedit, cui ſi non pareatur ex contumacia, ſequitur ſententia definitiua Sed & non minus imo magis hæc actio dici poſſit eſſe ex culpa & mora rei, quæ facit, vt in alio loco actio arbitraria dictari poſſit. Adeoque differentia harum actionum ea eſt, quam notauimus ad th. præced lit. C. licet illas nulla adiecta cautione aut diſtinctione, confuſim proponat & male, ipſe Tribo. *in § præterea. 31. Inſt d. action.*

LIT. C.

Affirmat hac lit. quod vtilitatis rei indiſtincte habeatur ratio, ſiue in mora fuerit ſiue non. Diuerſa ſententia, quam Cuiacius tuetur, verior videtur, ex eiuſdem ratione, quod abſurdum ſit, eius haberi rationem, qui moram admiſit. Neque obſtat, quod cum vtique hic etiam vtilitas rei veniat in conſiderationem *l. 2. h t* huic tamen actioni niſi præcedente mora rei locus eſſe non videtur: quoniam reſpondeo intelligi à Cuiacio in hac quæſtione moram non ſimplicem, id eſt, ceſſationem qualem, ex iuſta fortaſſe cauſa ortam, ſed moram proprie ſumptam & culpam, per quam reus non iuſtis cauſis impeditus, ſed fruſtrandi gratia in locum non venit, Neque illud probandum eſt, quod Tr. ita hac lit. diſputat, atque ſi ſemper ſolius debitoris gratia locus adijceretur: quippe vt docet *l. 2. § vlt h. tit.* etiam creditoris intereſſe poteſt, certo loco pecuniam ſolui: veluti ſi dederit pecuniam traiectitiam, ibi recepturus, vbi ſub pœna vel pignoribus pecuniam debeat. Ipſe autem lit. D. ſententiæ ſuæ, quod ſemper vtilitatis rei ratio habenda ſit, obiicit, quod mora vtique reo nocere debeat: & reſpondet, hoc verum eſſe non

Digitized by Google

vt jus quæſitum auferatur, ſed vt obligatio tantum perpetuetur. Verum etiam hic poſterior effectus ius quæſitum aufert, vt ne per interitum rei debitor liberetur: & non quæritur hic de caſu rei peremptæ, ad quem effectus ille poſterior pertinet, quoniam vbi pecunia numerata debetur interitus regulariter non liberat debitorem; adeoque aut in hac materia omnino moram nocere reo negandum erit, aut ſi nocet, ad hunc effectum, de quo quærimus, nocere concedendum eſt: cum præſertim, quod dici ſolet, moram tantum nocere ad perpetuandam vel conſeruandam obligationem, fere intelligatur de mora aliena, quod v. c. mora rei vlterius non debeat nocere fideiuſſori, vt notatur in l. mora 88. d. V. O.

Lit. E.

Modo debitor in locum venire potuit,] Duplex ſenſus eſt, vel quod abſoluta impoſſibilitate, vel quod alias impeditus venire non potuerit. Illum caſum à Tr. tractari ex eo patet, quod ait, tacite diem cohærere ſtipulationi, & proinde ante agi non poſſe iuxta §. *loca. 5. Inſt. d. V. O.* cæterum alia impedimenta, non faciunt ceſſare hanc actionem.

Lit. F.

Vel actor in ſimili mora conſtituatur.] V. c. ſi cum reus paulo poſt moram copiam ſui feciſſet, & ſoluere paratus eſſet, actor moroſe cum poſſet, pecuniam exigere diſtuliſſet.

THESIS V.

Lit. B.

Statuit hic Tr. quod contra fideiuſſorem tamen detur hæc actio arbitraria, ſi ipſe moram commiſerit. Contrarium tentari poſſe videtur, vbi primum reus tempore conſtituto non ſoluit, fideiuſſorem, qui ipſe in mora non fuerat, poſſe conueniri: non quidem vt augeatur obligatio fideiuſſoris, & ratio habeatur intereſſe actoris, ſed intereſſe fideiuſſoris cõuenti: vt ſufficiat poſt tale tempus, quo in locum perueniri potuit ſolutionem à reo factam non fuiſſe: ſiquidem conſtat iure veteri etiam non interpellato reo recta conueniri potuiſſe fideiuſſorem: vt proinde hic quoque conueniri poſſe debeat, vbi ſola ceſſatio ſoluendi facit, vt alio loco actio concedatur: cui ſententiæ firmandæ recte adducitur à Coraſ *l. 8. h. t.* vbi negatur fideiuſſoris cõuenti augeri obligationem, quæ ſane merito augere deberet, ſi ipſe quoq; in mora fuiſſet. Neq; obſtat, quod ſpeciale videri poſſit actione hac arbitraria, quam talem facit mora, ad effectum, vt intereſſe actoris æſtimetur, quod attendi non poteſt, vbi ipſi conuento nulla mora imputari poteſt: quia reſpondeo ad actionem hanc fundãdam ſufficere moram eſſe commiſſam à principali, neque aut perpetuum aut neceſſarium eſſe, vt intereſſe actoris in hanc actionem veniat, ſed poſſe venire tantum ex parte conuenti, quod etiam contingit in ſpecie *l. 8. h. t.* Poſſit etiam videri, fieri non poſſe, fideiuſſorem ſolum eſſe in mora, quin concurrat mora rei principalis *argum l. 49. §. 2. d.* fideiuſſore, vbi dicitur, non poſſe conueniri fideiuſſorem, antequam reus in locum adiectum peruenire potuerit: ex quo vtique tempore fatendum erit, reum incipere eſſe in mora. Verum in hac quæſtione vtique termini habiles ponendi ſunt, & diſtingui oportet inter moram ſimplicem & quamcumque emanſionem, citra quam non poterit conueniri fideiuſſor, & intra moram veram fruſtratoriamq; e dilationem, quæ ob iuſtas cauſas poteſt abeſſe à reo, & facere ne grauius teneatur, vt tamen poſſit eſſe mora in fideiuſſore: ſiquidem hæc actio competit, etiamſi vbi ex iuſta cauſa in locum adiectum non fuerit peruentum, *l. 1 h. t* ita videlicet, vt hoc caſu vtilitas rei tantum non etiam actoris veniat in conſiderationem.

Non autem ante.] Idem hoc eſt cum eo quod tradidit th. præced lit E. ampliatio autem, aut nec fideiuſſor ante conueniri poſſit, quam in locum adiectum peruenire potuit, non videtur alicuius momenti, quod eãd. ratio ſit debitoris & fideiuſſoris, & eod. tempore, vterque in locum peruenire poſſint: illud enim quod licet in alia quæſtione proponit *Bart in l 8 h t.* de fideiuſſore debiliori, friuolum eſt. Erit plane Tr. ſententiæ locus, ſi in diuerſis locis reus & fideiuſſor ſint conſtituti, qui caſus eſt *l ſi teſtamento 49. §. 2. d. fideiuſſor.*

Lit. C.

Ait hic, ſi fideiuſſor ſolus moram fecerit augeri obligationem. Cui obſtare videtur quod ipſe Tr. tradit th. 4. lit D. æſtimari vtilitatem rei etiamſi fuerit in mora: quoniam fideiuſſor non erit deterioris conditionis, quam reus principalis, neque commode poteſt dici augeri obligatio, ſi ipſius fideiuſſoris vtilitas æſtimetur, niſi ſingulari caſu, quo intereſſe actoris ſuperat intereſſe rei. Obiicit autem ſibi Treutler. quod fideiuſſor non poſſit accipi in duriorem conditionem,

Digitized by Google

tionem. & reſpondet hoc fieri ex euentu, vt obligatio augeatur. Non ſatis bene, quoniam culpa alicuius & mora, non recte imputatur euentui, agitur autem hic de mora non rei, ſed ipſius fideiuſſoris.

Lit. D. & E.

Propoſitio hæc eſt Tr. in th. ob moram principalis obligationem fideiuſſoris non augeri, niſi appareat fideiuſſorem etiam ſe obligaſſe nomine eius quod intereſt. Cui ſententiæ obſtat non tam *l.* 68 quoniam ea de obligatione perpetuanda ſeu conſeruanda tractat, quæ potius *l. quæro 54. in pr locati*. Septem explicationes, diſtinctiones & conciliationes poſt gl ordine refert & examinat Bartol. *in l. 8 h t.* ex quibus quatuor non improbabile videri poſſunt. 1 quod interſit, an tempore fideiuſſionis debitæ fuerint vſuræ an poſt: quamuis dubium non videatur, quin illud in vtroque textu *l. 8 h. t. & in l 45. locati*, incrementum intereſſe aut vſurarum poſtea acceſſerit. 2 aliud eſſe non augeri obligationē, & non præſtari vſuras, quoniam cum vſuræ veniant officio iudicis, earum præſtatione obligatio ipſa non augeatur. Verum nec hæc ſententia conuenit menti Africani, qui non credendus eſt captaſſe ſubtilitatem verborum, ſed hoc voluiſſe non debere propter moram rei grauari fideiuſſorem, vt plus præſtare teneatur, cum præſertim vſuræ ob moram deberi dicantur: quæ & alia prolixe & fere ad nauſeam more ſuo contra hanc ſententiam declamat *Donellus in d. l. 8. h. t. n. 10 & ſequentibus*. 3. Intereſſe an quis intercesſerit in certam & limitatam quantitatem, an ſimpliciter. 4. quod aliud ſit in vſuris quæ debentur ex officio iudicis ſecundum naturam actionis, vt in ſpecie *d l. 45.* aliud in iis quæ debentur & accedunt præter naturam actionis, ut in caſu *l. 8 hoc tit.* quam ſententiam Iohan. ſequitur Bart. ibid. Sed Tr ab his omnibus diuerſus, non putat teneri fideiuſſorem, niſi appareat, etiam nomine eius quod intereſt, eum ſe obligaſſe: nec tamen explicat, an opus ſit expreſſa conuentio, an ex circumſtantiis & coniecturis præſumpta ſufficiat. Et videtur ſibi contrarius in fine th. vbi quærit, vndenam conſtet, quod fideiuſſor in ſpecie *l 8 h t* non obligauerit ſe in intereſſe, & reſpondet, quia ſtipulatio ſit ſtricti iuris. Ex hoc enim ſequitur, non ex eo concilianda eſſe pugnantia loca, an obligauerit ſe fideiuſſor nomine eius quod intereſt, ſed ex qualitate contractus cui fideiuſſor acceſſit: quoniam aliàs dubium eſſe non poteſt, quin etiam ſtipulationi ita accedat recte fideiuſſor, vt obliget ſe nomine omnis intereſſe, & cum de iure quærimus, id cui ius accommodari debet, præſupponi debet, neque ex eo quod ſtipulatio ſtricti iuris eſt, colligere poſſumus, fideiuſſorem ad intereſſe ſe nō obligaſſe, quod facti eſt, ſed quia tātum in ſummam principalem interueniſſe fideiuſſorem I-Ctus proponit, inde obligationem eius nomine quod intereſt, non augeri debere reſpondit. Et ergo hæc quæſtio eſt, cur *in d. l.* 8. non veniat acceſſio eius quod intereſt, cum tamen acceſſio vſurarum veniat *in l. 54.* locati; vbi reſponſioni Treut. locus eſſe poteſt, quæ tamen reuera incidit in ſententiam Iohan. quoniam ſcil. in bonæ fidei iudiciis ſecundum naturam actionis vſuræ adiudicantur: licet in contrarium hoc moueat, quod cum omnis fideiuſſio fiat per ſtipulationem, propter naturam contractus, cui accedit ſtipulatio variari, & actio extendi poſſe non videtur, quoniam fideiuſſor non actione locati, ſed ex ſtipulatu conuenitur: cum præſertim actio arbitraria ipſa æquitate quadam nitatur. Poſsit tamen hæc ſententia ita accommodari, vt dicamus in ſumma, intereſſe, an fideiuſſor ſe ſimpliciter obligauerit: an in certam quantitatem, vel itidem an ſe obligauerit ſimpliciter, an in omnem cauſam: vt videlicet in dubio benignius ſeſe obligaſſe cenſeatur, vbi acceſsit contractui bonæ fidei, ex quo deſcendens actio natura ſua admittit augmentum vſurarum, arg. *d l. 45.* locati, ex qua etiam reſpondetur obiectioni, quam paulo ante de natura fideiuſsionis, quæ fit per ſtipulationem, propoſuimus: quoniam vt ibi ait Paulus tenetur fideiuſſor, perinde ac ſi dixiſſet, ſe fide ſua eſſe iubere, in quantum debitorem condemnari ex bona fide oportebit. Quod autem *in d. l. 54.* de fideiuſſione in omnem cauſam proponitur, non ita accipiendū̄ eſt, quaſi id diſerte exprimi oporteat, ſed quod eo ipſo, dum citra mentionem certæ quantitatis intercedit, in omnem cauſam intercesſiſſe videatur. Atq; ita coniunctis duabus diſtinctionibus ante propoſitis, an intercesſerit ſimpliciter, an pro certa quantitate, itemque an ſuper contractu, ex quo ſecundum naturam actionis vſuræ debeantur nec ne, res iſta expedienda videtur. Et probatur illud *ex l. 68. §. primo, d. fideiuſſor.* videlicet fide iuſſorem teneri in vſuras ex mora ſi in ipſam conductionem, non in certam ſummam ſe obligauerit, facit *leg ſecundā §. final de adminiſtratio rer. ad ciuit.*

Digitized by Google

ad tituli eodemque referenda eſt *leg. quinta Cod. de pactis inter empt.* nihil autem huc pertinet *leg. 56 § ſecundo de fideiuſſor.* quod ibi ſpecialis ſignificatio eſt verborũ *in omnem cauſam mutui*: quia ſignificatur omnis cauſa, quæ ex numeratione naſci poteſt, & hic ſenſus eſt, quod in caſum ſiue extantium ſiue conſumptorum nummorum fideiuſſor ſe cēſeatur obligaſſe. Solet etiam huc afferri *leg 1. §. 13. vt legat. ſeu fideicomm &c* vbi dicitur, ſtipulationem capere incrementum ex vſuris & fructibus. Sed nimirum ſtipulatio illa legatorum cautionalis eſt induens naturam obligationis ex teſtamento, quæ ratione fructuum & vſurarum bonæ fidei obligationis naturam imitatur. Illa controuerſia hac lit. ſupereſt, an intereſſe vel vſuræ quæ ex mora deberi dicuntur recte dicantur eſſe in obligatione. Et ego contra Treutler & Donell. magis ſentio cum Cuiacio, proprie loquendo vſuras iſtas in obligatione non eſſe per textum *in l. 49 § 1 d action empt.* & rationem: quod in obligatione eſſe non poteſt, quod non eſt in conuentione: quo pertinet vulgata vſurarum diſtinctio a cauſa efficiente propoſita ab ipſo Treutler. *p 2. diſputation. 3. theſ. 2.* quod vſuræ debeantur ex conuentione vel ex mora: & ſi hæ vſuræ vere in obligatione eſſent, etiam cōdemnatione ſequuta ſuper principali: vſuræ adhuc peti poſſent. Et proinde non ſatis capio, quænam ſit illa naturalis obligatio, quam Treutl. adducit, quæ vtique non conuentioni alicui, ſed ſimplici æquitati adſcribenda videatur. Neque moueor quod *in l. 8. hoc titul*, intereſſe dicitur augere obligationem: quoniam hoc dicitur improprie ratione effectus, quod ad officium iudicis pertineat eius habere rationem, perinde ac ſi in obligationem deductum fuiſſet: cæteroquin ſi ex eo quod deberi aliquando dicuntur, recte inferretur, eas eſſe in obligatione, ſequeretur, etiam fructus in bonæ fidei contractib. ſimpliciter, & in ſtricti iuris poſt litem conteſtatam eſſe in obligatione: Sed nimirum mora noua quædam cauſa eſt, ex qua deberi videntur, quatenus ea officium iudicis inducit.

THESIS VI.

LIT. A.

Ceſſat, inquit Treut. officium iudicis, ſi reus in loco adiecto conueniatur, ſubiecta limitatione in exegeſi, *niſi quid eſſet ſtipulatus vel vtilitas temporis interuenit*: de quorum verborum ſententia hic agit Tr. & ipſe Donell. ſequitur, qui poſteriora verba explicat de vtilitate temporis, quod ad ſoluendum ſtipulatione conſtitutum eſt. Verum hac ratione Tr. & Donell. in ſententiam Cuiacii, quod etiam propter adiectionem temporis fiat arbitraria, incidere videntur, ſiquidem iuxta explicationem hic propoſitam *ex d l. 4. h t* propter vtilitatem temporis ſtipulationi adiecti arbitrio iudicis locus permittatur. *Gl. Br. Salic. & Caſtr* recte *d l. 4.* accipiunt de tempore, quod ſtipulationi adiectum non fuit. Sed quia obſtare videtur, quod in ſtricti iuris iudiciis eius, quod intereſt, vſurarumque etiam ex mora non habeatur ratio, ideo dupliciter reſpondet gl. 1. *vel.* accipiendũ eſſe pro, *etiam*, quam reſponſionem, vtpote quæ violet literam ibid. improbant *Br. & Caſtr.* vel quod loquitur ICtus de actione ex ſtipulatu, quæ hac in re bon fid. actionum naturam imitatur vel quod intelligatur damnum emergens: ex quo quomodo efficiatur ſententia manifeſto falſa, vt Treut. ait, ego non animaduerto. & hanc rem & opinionem ita omnino explicandam eſſe exiſtimo, vt videl. locus quidem, ſed non tempus ſtipulationi fuerit adiectus. & quod reus in mora fuerit & deſtinato tempore, in locum non venerit. Licet enim poſtea ibi compareat, & in eod. actor experiatur, tamen quia actor alibi agere potuit, & ita ipſi ſemel ius obtinendæ vtilitatis temporis quæſitum fuit, non poteſt nec debet hoc ipſi adimi, etiam poſtea in loco adiecto experiatur.

LIT. B.

Sorte ſoluta inquit Tr. nulla ſupereſt actio ad intereſſe loci *l. 8. & vlt h. t.* quia debetur officio iudicis mercenario, cui ſublata actione locus eſſe non poteſt; quo pertinet diſtinctio Tr. inter acceſſorium quod officio iudicis venit, & quod iure actionis; licet hoc naturam habeat principalis, quod apparet in vſuris ſtipulatione promiſſis Neque obſtat *l. 2 § idem Iulian h tit.* vel quia ſolutio facta eſt adiecto, vel potius quia alio loco contra formam ſtipulationis, non conſentiente creditore. Quæritur autem, vt hoc addamus in iſta ſpecie an integræ ſummæ petitio ſuperſit, an ſaltem eius quæ intereſt. Et videtur in hoc non ſatis conueniſſe Marcello cũ Iulian. Hic ſaltem quod intereſt, peti voluit: hic totam ſummam tanquam in nihilum liberato reo, qui alio loco ſoluiſſet, quod exemplo inſulæ certo loco ædificandæ confirmat, & facit ratio. *l vlt. h. tit.* vt ceſſante petitione ſortis, etiam eius, quod intereſt, petitio ceſſare videatur. Vlp. tamen ſententiam Iulian. ſubnixam æqui-

tate

Digitized by Google

tate magis probate videtur, oſtenſa nominatim diſſimilitudine inter ſummæ debitionem & inſulæ ædificationem. Sed obiicitur tum quod ipſe Vlpian. fatetur, vbi adiecto ſolutam non naſci liberationem, tum quod iam diximus, eius ſolius quod intereſt, non eſſe petitionem, quod vna ſit actio ſortis & eius quod intereſt & vna obligatio, quod intereſſe nec deberi, nec in obligatione eſſe, reſponſum eſt à Paulo *in l. vlt. h. t.* Ad primum reſponderi poteſt, ex ſententia Iuliani non contingere liberationem per omnia. Ad ſecundum, quod Vlp. ex Iul. refert & probat, ad effectum, non ad intentionem agentis referendum eſſe: hoc enim eſt quod Bart. ait, totum hoc peti poſſe: imo etiam petendum eſſe, non vt actor totum conſequatur, ſed vt actio fundetur, & præter ſortem, quæ ſalua eſt creditori, intereſſe tantum præſtetur: non & alibi ita ius eſt, vt vbi aliquod ius aut vtilitas rei deeſt, ipſa res petatur iuris illius, quod ſolum peti non poteſt, conſequendi cauſa, vt in ſpecie *l. etiam*, de ſolutionibus *l. Iulianus* 131. §. 1. *d. V. O.* Sed vt ad theſ. Tr. & caſum, vbi ipſi principali pecunia ſoluta fuit, reuertamur. addit Tr. etiamſi creditor proteſtatus fuerit, ſe velle ſaluum ſibi ſeruare intereſſe, eam tamen proteſtationem efficere non poſſe, vt ipſi actio conſeruetur, & Bart. tanquã diſſent. *in l. vlt. h. t.* & quem plerique ſequantur, reprehendit. Cæterum Bartol. ibi diſtinguit, an creditor accepta ſorte debitorem liberauerit, data v. c. apocha, quo demum caſu hunc proteſtationis effectum ſtatuit arg. *l.* 2. §. 7. *h. t.* Sed recte animaduertit Caſtr. diuerſam rationem eſſe in ſpecie *d.* §. 7. quod ſoluto adiecto recte facta non fuerit, nec præiudicare potuerit reo principali: quod ibid. Salic. probat, proteſtatione actionem ad intereſſe non conſeruare: idemque ſimpliciter ex ſententia Wilhelmi ita ſit ibid. Bald. vt proinde ſententia Bart. recepta non videatur.

LIT. C.

Hac *th. 6* quod poſt lit. A. ſubiicit, *ſorte creditori ſoluta non ſupereſſe actionem ad intereſſe*, itemq; quod poſt lit. D. *non item ſi forte factum*, nullam cum precedentibus, quam tamen affectabit Treutl. habent connexionem, & præſtabat omnino inter ſe diuerſa, etiam vt diuerſa proponi. Cæterum quæſtio huius lit. C. hæc eſt, ſi factum certo loco promiſſum in obligatione verſetur, & fides præſtita non ſit, an arbitrariæ actioni ſit locus: quod affirmat Donellus, quem Treutl. ſequitur, ſed negat Cuiacius, qui directa actione vtendũ putat. Et pro Donell. facit, quod licet obligationi dandi pro arbitrio partium locus adiici poſſit vel non; obligationi autem faciendi, de qua hic agimus, locũ adiici neceſſe ſit *l. 2. §. 5. h. t.* non tamen inde effici videtur alio loco directa agi poſſe: vt & hic vtilitas loci actori conſeruetur. Sed in contrarium mouet, quod verius videtur, vbi tempus faciẽdi effluxit protinus eſſe actionem ad intereſſe neque amplius inſulæ factionem eſſe in obligatione, quod in obligationibus faciẽdi ex mora poteſtate quadam legis nouatio inducitur. Et dationes vbique pares ſunt, ſed non ſana. & quæ certo loco vtilis, alio plane inutilis inſulæ factio eſſe poteſt: vt proinde ad factum alio loco agi non poſſe videatur, ſed neceſſe ſit, aut ipſo loco qui adiectus eſt ad factum agere, aut quod magis eſt, poſt moram recta ad intereſſe: adeoque non amplius quanti ædificium ſit, curari poteſt, vitis autem intereſſe, ad quod principaliter agitur, aliud porro ſtatuere intereſſe, videatur abſurdum: cum præſertim illud intereſſe, *peto, quanti mea intereſt, inſulam factam non eſſe*: omnibus locis idem ſit: neque quod inſula certo loco facienda promiſſa eſt, etiam certo loco illud intereſſe, quod in eius locum ſuccedit, ſolui promiſſum eſt. Obligationum autem dandi diuerſa plane ratio & etiam poſt moram res ipſa adhuc in obligatione & petitione eſt. Facit denique pro ſententia Cuiac. *l. 43. d. iud.* quæ ſimpliciter ait, eum qui inſulam Capuæ certo tempore fieri ſtipulatus eſt, finito tempore quocunque loco ad intereſſe agere poſſe.

LIT. D.

Recte hic affirmat Tr. quod adiectione temporis actio non fiat arbitraria: quam ſententiam contra Cuiac. bene tuetur *Donell. in l. 4. hoc titul.* & accuratius *Ant. Fab. 15. coniect. 3.* vbi præter alias differentias temporis & loci etiam à Don. notatas, hanc proponit, quod tempus in tempore contineatur, ita vt qui debuit calẽdis Martii, etiam & multo magis debeat calendis Maii: locus autem in loco non continetur, ita vt alio loco inuito ſtipulatore ſolui non poſſit. Neque actio ſit arbitraria propter ſolam loci adiectionem, ſed cum creditor alio loco agere vult: atquin ante tempus male, poſt tempus omnino vtiliter agitur, nec vlla vtilitas reo aufertur. Sed duo pro Cuiac. obiici poſſunt. 1. quod *in l. 3. h. tit.* dicitur propter intereſſe actoris dari actionem arbitrariam: atquin vbi tempus interuenit,

ſæpe verſatur vtilitas actoris, cui conſuli æquũ eſt, nec conſuli alia ratione quæ actione arbitraria poteſt, cum actio directa ſit ſtricti iuris, in quam non venit, niſi quod in ſtipulationem eſt deductum. Reſpondetur, cauſam introducendæ actionis *ex leg. 1. h. t.* hanc fuiſſe, quod ex ratione iuris non poterat citra iſtam actionem conſuli creditori, ſed temporis ratio eſt, neque propter quodcunque intereſſe actio arbitraria concedenda fuit. Quod ſi replices, rationem illam non facere, vt arbitraria actio neceſſario fuerit concedẽda, cum ſufficere potuerit actionem dari, per quam ipſa ſumma peteretur: amplius reſpondebo, cum locus ſit pars ſtipulationis, non potuiſſe ſummam promiſſam ex ratione iuris alio loco peti, ſed neceſſe omnino fuiſſe, vt in ipſa actione totum quicquid deberetur, arbitrio iudicis permitteretur, adeoque ſolum intereſſe actoris, qui aliàs ad principale agere potuiſſet, non fuiſſe ſatis prægnantem cauſam, vt hæc actio proponeretur, citra neceſſitatem, quæ eſt *in d. l. 1. h. t.* & quæ demum concurrens huic actioni locum facit, in qua non actoris tantum, rei vel maxime rei etiam ratio habetur. 2. Affertur pro Cuiac quod *in l. 4. h. t.* dicitur, etiam in loco adiecto agitur, tamen venire vtilitatem temporis: quod cum ſimplici naturæ actionis ex ſtipulatu non conueniat, neceſſariò conſequi videtur, etiam propter tempus actionem qualificari, & ad naturam arbitrariæ actionis inclinare. Verum huic obiectioni ſatis factum eſt ad lit. A. huius theſ. vbi illum locum *in princip. l. 4. h tit.* explicauimus quod loquatur de caſu, vbi iam propter moram rei actio arbitraria ſemel fundata fuit: adeoque vbi citra locum tempus ſolum ſtipulationi adiectum fuit, ſententiæ *d l.* 4. locus non eſt, ſed vbi vel locus ſolus vel cum loco tempus adiectum fuit: quibus caſibus actor ſiue creditor occaſione & beneficio loci, etiam intereſſe temporis conſequi poteſt.

THESIS VII.

LIT. B.

Definit Tr. conſtitutum, quod ſit conuentio, qua quis reſpondet. Atqui conſtitutum pactũ eſt, cuius eſſentiam interrogatio nõ conſtituit, vt ipſe ait Tr. th. 10. lit. C. definito ita anguſtior definitio erit. Cæterũ poſt verba, *qua quis reſpõdet citra ſtipulationem* ſubiicit in allegatis, *quod de ſtipulatione adeo verum eſt* Hoc vero cum illo plane non cohæret, ſed pertinet ad aliam quæſtionem, ab hoc loco alienam, an ſtipulatio non ſolenniter facta habeat effectum ſaltem pacti: quod negari ſolet *ex l. 1. §. 4 de V. O.* & cum eo conciliari *l. 8. in princ. d. acceptil.* quod aliud ſit in caſu obligationis conſtituendæ & diſſoluendæ, *de quo infr. diſp. 27* qui caſus poſterior tractatur *in d. l.* 8. in qua vulgaram lectionem, *niſi in hoc quoque contra ſenſum.* veram omnino eſſe exiſtimo, & improbandam lectionem Holoandri, *niſi in hoc quoque* conſenſum. Etenim lectio illa Holoandri quam Gothof. etiam & Tr. ſequuntur, deſiderat lectionem negatiuam; acceptilatio inutilis non habere pactum niſi in hoc quoque conſenſum ſit. Verum lectione affirmatiua retenta, quod acceptilatio inutilis habeat pactum, quam illi ipſi admittunt, omnino requirit vt legatur, *niſi in hoc contra ſenſum.* Accedit, quod ex lectione Holoandri falſa efficitur ſententia, & iis quæ ipſe hic tradit Treutl. contraria, acceptilationem inutilem, in dubio non continere pactum.

LIT. C.

Nota eſt quæ hic proponitur pugna inter *leg. 5. §. 1. h. t. & leg octav. de iudiciis* de qua vide. *Cuiac. 13. obſeruation 17 & ad l. 39. de iudiciis, libr. 3. quæſt. Papin.* vbi quatuor caſus diſtinguit: *gloſſ. in dict. leg 3. hoc titul.* vbi quatuor modis contrarium ſoluit: & Salicet. ibid. qui prolixius & plenius diſtinguit. Cæterum Bartolus ibidem nihil aliud tradit, niſi quod ex ſententia Iacobi de Butrio ſcribit, ad hoc vt legatus tempore legationis Romæ die conſtituta poſſit conueniri, duo coniunctim requiri, quod tempore legationis incipiat deberi, & quod ſolutio in locum legationis conferatur. Sunt qui reſponſo primo *d. §. 1. l. 5.* negationem addendam, & ita legendum putant, *conueniri non debere*; quod iuuatur in particula, ſed etſi, quæ indicio eſt cauſam ſimilem & deciſionem proponi. Poſſit & forte diſtingui, an Romæ conſtitutum fuerit an in alio municipio vel vrbe: vt hoc caſu conueniri non poſſit, ſed illo poſſit: quod Roma ſit caput Imperii, & patria communis, in qua omnes ſubiecti forum ſortiri videntur.

LIT. E.

Docet hic etiam naturaliter tantum debitum conſtitui poſſe, eiuſque exemplum proponit ex Zaſio, ſi quod non ſolenni teſtamento debetur, conſtituatur. Quia in re contradicit ſibi Treutl. *infr. p. 2. diſp.* 10. vbi ex teſtamento non ſolenni, negat hæredem obligari naturaliter, aut in foro conſcientiæ. Et tamen licet naturaliter eum obligari dicamus, non tamen

protinus

protinus debitum eiuſmodi recte conſtitui cõſequitur: quippe quod conſtat ex tali. [illegible] ſtamen- ſo debitum, per errorem ſolutũ repeti poſſe, cui tamẽ liquidum ſit, quę naturalis obligatio inhibeat ſoluti repetitionem. Enim verò obligatio naturalis quæ dicitur non omnis eiuſdem generis eſt, ſed terminos quoſdam & gradus habet: & alia in meris finibus iuris gentibus ſubſiſtit, ſubuixa ſola æquitate & honeſtate & fere deſtituta autoritate iuris ciuilis, cuiuſmodi olim erat obligatio ex fidei commiſſo, quæ tantum pudore eorum, qui togabantur, non vinculo iuris continetur §.1. *inſtit.d.fidei com.hæred.* & obligatio ad antidota *l.2.1.§ 11. d.petit. hær.* Alia eſt, ex qua [illegible] non naſcatur actio, multos tamen ei effectus ius ciuile tribuit, quod ad exceptionem & retentionem eſt, quod nouari poteſt & conſtitui, & ex ea debitum compenſari, quod ei fideiuſſor & pignus accedit. Nihil huc pertinet *l. 2. C. d. fidei commiſſ.* in cuius ſpecie non per errorem, ſed conſcientia relicti fideicommiſſum ſolutum fuiſſe proponitur.

Lit. F.

Non conſtituitur quod ciuiliter tantum debetur. Ratio redditur à Treutl. quia in conſtituto nudum pactum verſatur. Quod & minus proprie dici, nec ſatis concludere videtur. Ratio & vera & perſpicua eſt, quam poſt Dd. & Bart. reddit *Iaſ. in §. In perſonam. Inſtit. d. action numer. 42.* quia iure prætorio, ex quo conſtitutum eſt, iſtud indebitum eſt. Quod autem varie circa hunc articulum, vt Tr. ait diſſentiant Dd. nec deprehendere potui, neque veroſimile eſt, cum id [illegible] iure traditum habeamus.

Lit. G.

Quæritur à Dd. quæ cauſa fuerit, cur ex conſtituto, & ita nudo pacto actio naſceretur. Rationem reddere videtur Tr. hanc, quod prætor confirmauerit hoc pactum iure ſuo prætorio. Quam eandem rationem proponit *Iaſ ex Bald. in d §. in perſonam. I d. action. num. 52.* vbi ait, quod ſit creatura iuris prætorii. Atqui hæc ratio vera quidem eſt; ſed principium petere videtur, nec ſatisfacere animo quærentis: quoniam illud vlterius quæritur, quæ ratio mouere prætorem, vt in ſpecie hoc pactum nudum confirmaret. Ad hoc expediendum, alii quorum opiniones refert Iaſ. d. loc. rationem petunt ex eo, ꝙ conſtitutum alterius debiti eſt acceſsio alii à geminatione promiſsionis. Et tamen, quoniam illi obſtat, quod ex fideiuſsione citra ſtipulationem actio non datur; huic autem, quod etiam debitum alienum, conſtitui poteſt, ideo magis eſt, vt ex ſola conſideratione æquitatis prætor dederit actionem *argum. l.1. in princ. h.t.* quæ licet in omnibus pactis militet, tamen quia regulam iuris ciuilis, quæ eſt *in l. 7. §. 4.* de pactis plane tollere non potuit prætor, quantum potuit, eam limitauit, arrepto etiam fortaſsis prætextu ex nomine conſtituti, quod aliàs nominatæ conuentiones actiones producere ſolent *l 7. §.1. d. pact.* quod ibid. etiam Bart. animaduertit. Et facit, quod vt recte diſputare videtur *Anton Fab. 15. coniect. 4* hæc actio quantum intereſt, noſtra perſequitur: vt tanto iniquius viſum fuerit prætori, eum in damno morari, qui alterius hic fidem eſt ſequutus

THESIS III.

Lit. A.

Etiam filiifam.] Intelligit ſcilicet, ex cauſâ mutui, quod aliàs nulla eſſet dubitandi ratio: & ratio diuerſitatis eſt quod nihil hic accipit filiusfam.

Lit. C.

Admitti poteſt, quod in pr. etiam ad conſtituentis beneficium excuſa excuſsionis porrigit: ſed in eo perſpicue fallitur, quod ad huius rei confirmationem adducit *l. vltim. C. h.t.* quia nominatim hoc beneficium conſtituentibus datum ſit; ſiquidem ille locus diſerte de beneficio diuiſionis tractat: ſed in argumentum adduci *d. l vltim poteſt.* quoniam ſi in beneficio diuiſionis eadem debet eſſe ratio fideiuſſorum & conſtituentium, imo vt *in d. l. vltim.* ait Iuſtin. eadem ratio vt ſit neceſſarium. eſt in beneficio quoque ordinis idem merito ſtatuimus. Illa alia quæſtio eſt, quam ſubiicit Treutl. in verſ. *itaque lex 16. &c.* an per conſtitutionem Iuſtin. ſit correcta *l. 16* Et contractam non eſſe defendi poſſe videtur: quia *l. vlt.* loquitur de eo, qui conſtituit pro alio, cui perinde vt fideiuſſori beneficium diuiſionis datur: ſed *d l. 16.* eſt de duobus, qui ſe tanquam reos principales in ſolidum conſtituerunt, quibus adeo beneficium diuiſionis per *d. l. vlt.* datum eſſe videri non poteſt. Et verò cum etiam ante Iuſtin. fideiuſſoribus beneficium diuiſionis competeret, idem tamen beneficium duobus reis principalibus competiiſſe, nemo affirmauit Sed fortaſsis, *d l. 16.* eſt contracta per *num. 99.* ex qua etiam duobus correis principalibus beneficium diuiſionis datum eſſe, communis & verius traditur, de quo infra *p. 2. diſp. 21 th. vlt.*

Hodie tamen hac quæſtione.] Negat hodie hac quæſtione opus eſſe, cum Notarii ſemper apponant illius priuilegii renuntiationem. Verum alia quæſtio eſt, de ipſo beneficio competente, alia de eius renunciatione. Et cum Notarii, quà conuentionibus quà vltimis voluntatibus adhibiti, clauſulas varias & multiplices adiicere ſoleant, ita innumeris quæſtionibus non fuerit opus. Attamen Notarii non adhibentur ex neceſſitate, & ſine illis etiam contrahi poteſt. Quod autem addit Tr, notarios etiam hoc facere poſſe, vt iure ſuo iſtas clauſulas & renunciationes apponant: falſum & minime probandum exiſtimo, vt ſc. citra iuſſum & voluntatem partium hoc faciant, cum priuilegia & beneficia iſta, non ſint ex natura contractus, ſed ex ſpeciali conſtitutione. Et abſurdum plane fuerit, vt in inſtrumentis v. c. fideiuſſoriis, renunciationes variorum beneficiorum autoritate & arbitrio ſuo adſcribant. Autoritas Sichardi, quam Treutlerus allegat, tanti non eſt, & tamen ille hoc tantum dicit, quod ceſſet priuilegium, ſi Notarii renuntiare faciant conſtituentes: licet & hoc eorum officium excedere, nec amplius illis dandum videatur, niſi vt partes moneant de beneficiis quæ ipſis competunt, & ex iis quærant, an ea ſibi reſeruare, an illis renuntiare velint.

Aliud eſt in mero conſtitutore.] Cum tradidiſſet, beneficium ordinis competere conſtitutori, ſubiicit ſtatim, quod aliud ſit in mero conſtitutore, qui proprio nomine ſe obligat pro debito alieno, als ſelbſt Schuldiger. Equidem quæſtio dubia eſt in fideiuſſore, an obligans ſe vt principalem amittat beneficiũ ordinis, de quo agitur infra p. 2. diſp. 28. theſ. 5. Sed non capio, quare iſtum vocet merum conſtitutorem: quia cum conſtitutum natura ſua ſit acceſſoriũ quanto magis accedit ad naturam obligationis principalis, tanto magis recedit à propria conſtituti natura: & procul dubio erraret, qui fideiuſſorem, obligantem ſe vt principalem merum fideiuſſorem appellaret. Ideoque inuerſo potius modo ille conſtitutor merus dicendus erit, cuius obligatio in terminis obligationis acceſſoriæ ſubſiſtit.

Eſt & aliud in conſtituto reali.] Hoc ſi connecti debet cum præcedenti, hunc ſenſum habeat oportet, quod hoc caſu non ſit locus beneficio ordinis. Id vero ineptum eſt, cum nullus hic ſit tertius, qui priori loco conueniatur, ſed ſolus creditor & debitor, qui illius nomine ſe poſſidere conſtituit: quæ conſtituti ſpecies, vtpote modus transferendæ poſſeſſionis, toto genere diuerſa eſt ab hoc noſtro conſtituto, adeoque omnino abſurde hic proponitur.

THESIS IX.

Ait hic etiam valere conſtitutum indebiti ſcienter factum, & quidem iure donati: propter ius nouum *in l. 35. C. d. donation.* quæ etiam ex pacto nudo actionem concedit. Verum primo dubium mouet quod non videatur opus auxilio iuris noui: cum ex iure veteri conſtitutum producat actionem, ſicuti ſi quis promittat indebitum tenetur ex ſtipulatu. Deinde ex aduerſo contra Treutl. & quod non valeat iure donati, ſtringere videtur ratio *Iohannis Fabri in d. §. in perſonam Inſt. d. action.* cuius ſententiam refert, eandemque nouam & mirabilem appellat *Iaſon. in d. § num. 41* quod hic deficiat materia, id eſt, cum conſtitutum acceſſorium ſit, vbi nullum eſt principale, ipſum quoque ſubſiſtere non poterit, non ſecus ac vbi nulla præceſſit obligatio, nullum quoque eſſe fideiuſſionem conſtat. Forte diſtingui poſſit an quis conſtituat nomine proprio, an verò alieno: vt illo demum caſu non etiam hoc, conſtitutum tanquam donatum peti poſſit. Quod autem in th. ſubiicit in hæc verba: *nam & ei ex rebus duabus, &c.* non videtur cum præcedenti cohærere, quia hoc caſu non indebitum ſed debitum eſt, & conſtitutum hoc operatur, vt creditor vnum perſequi poſſit, quod alias ſine periculo plus petitionis non potuiſſet.

THESIS X.

LIT. A.

Ait conſtitui poſſe res omnes, etiam ſi edictum de pecunia tantum loquatur, quod ſcilic. pecuniæ appellatione res omnes contineantur: vt ita appareant exiſtimare Treutl. quod edictum de conſtituta pecunia ad omnes res pertinuerit In quo eum errare perſpicue oſtendit *l. 2. C. h. t.* vbi tradit Iuſtin. quod actione de conſtituta pecunia res tantum fungibiles, cæteræ per receptitiam fuerint petitæ: ipſe autem hac ſublata, actionem de conſtituta pecunia ad omnes res produxit: & ne quis hoc abſurdum exiſtimare poſſit, triplici ratione occurrit quarum prima eſt *in princ. §. 1.* quod ſi vinum, frumentum ſub pecunia recte continentur, poſſint etiam contineri res aliæ, 2. *in d. §. 1. verſ. ſed & poſſibile.* quod omnes res in pecuniam poſſint conuerti 3. *eod. § in verſ. cum etiam.* quod veteres definiverint.

rint, omnes res pecuniæ appellatione contineri.

LIT. B.

Ait ſtatim initio, conſtitui poſſe factum proprium & alienum, illud quatenus debito principali accedit, hoc ita, vt intelligatur promiſiſſe ſe curaturũ vt illud fiat. In vtroq; ſcrupulus hæret: in illo, quia falſum videtur factum propriũ tantum vt acceſſoriũ conſtitui poſſe, neq; dubiũ quod quis principaliter promiſit ſe facturum, quin idem conſtituere poſſit? & quod *l. 14. §. 1. & 2. h. t.* quam Treutl. allegare voluit, dicitur, minime efficit, tantum circa pignus & fideiuſſionem conſtituto locum eſſe. Quod ad factum alienum attinet, docet textus *in §. ſi quis 3. Inſtit. d. inutil ſtipulat.* promiſſionem, ſimpliciter factum alienum continet eſſe nullam, & tum demum obligari promittentem, ſi expreſſe hoc actum ſit, curaturum vt alius faciat, neque obſtat *l. 14. §. 2. h. tit.* vbi dicitur eum teneri, qui conſtituit certam perſonam pro ſe fideiuſſuram: quia hic reuera non factum alienum, ſed proprium conſtituiſſe intelligitur, id eſt nihil aliud, quam ſe eam perſonam fideiuſſorem daturum eſſe. Video tamen aliter illum locũ à Bart. acceptũ eſſe, qui ex illo hoc notabile colligit, in dubio quando quis promittit aliquem aliquid facturum ad conſeruationem eius, quod ipſe promittens debet, intelligatur promittere ſe facturum & curaturum. Vnde apparet, ab hac ſententia Bart. abire Treutl. qui in quocunque conſtituto hoc admittit: ſed probatur Teut. ſententia ex Caſtrenſi, qui ex *l. 14. §. 2. h. tit.* hoc notabile ponit, quod quando quis promittit factum alicuius ſuper debito præcedenti, valeat promiſſio, & in dubio videatur promiſiſſe, ſe facturum & curaturum. Verum Salicet. in ſæpe d. loc. Bart. etiam ſententiam improbat, & contra eam inducit *l. cum qui § Iulianus quoque hoc tit.* & gloſſ. quam pro ſe citat, Bar. ita accipit, ac ſi ea velit quod in facto fuerit promiſſum de faciendo: vel curando; quam opinionem Saliceti, cum exceptio Bart. & Caſtr. nulla lege probetur, omninò tenendam exiſtimo.

Idque magis verum eſt] Tradit Treutl. hunc effectum iuramenti, vt quis præciſe ad operam præſtandam teneatur, & quæſtione ad th. reuocata hoc ſtatuit, quod qui factum promiſit, cum aliàs præſtando id, quod intereſt, liberetur, ſi ſe facturum iurauerit, præciſe facere obligetur. Quam ſententiam rationibus & autoritatibus confirmat & communem eſſe teſtatur *Iaſon. in l. ſi pecuniam colum 8. verſ gloſella*: vbi tamen etiam non paucos diſſ. refert, quorum opinionem ego rationi iuris noſtri magis conuenire exiſtimo: & ſi conſideramus ius illud antiquum, quo iudices pedanei in ſingulis cauſis dabantur, videtur hoc exceſſiſſe poteſtatem eiuſmodi iudicis, vt præciſe ad factum condemnaret. quippe cum ex natura obligationis intereſſe in locum facti ſuccederet quam naturam iuramentum nõ videtur mutare & alterare potuiſſe. Sed nec videtur res habuiſſe exitũ, cum mera & pura & facta nemini inuito extorqueri poſſint, & impreſſionem violentam in perſonã auerſetur ius noſtrum, quod hac ipſa cauſa intereſſe ſuccedere voluit: neque conuenit iuri noſtro in condemnationẽ deducere, cuius executio difficillima, imo nulla ſit futura. Et ſane ius ciuile ita ſtatuit, vt qui factum ſtipulatus eſt, antequam tanti temporis ſpacium, quo illud fieri potuit, elapſum eſt, agere non poſſit, & exinde propter moram debitoris tacitam inducit nouationem, ita vt amplius non ad factum, ſed ad intereſſe ſit agendum, quam iuris conſtitutionem & nouationem iuramentum impedire non poteſt, quod aliàs dicitur regulari ſecundum naturam actus, ſuper quo interpoſitum eſt.

LIT. C.

Si ita conueniatur, conſtituis ne te ſoluturum: conſtituo; ſtipulationem potius quam conſtitutum eſſe ait, neque poſſe hoc caſu actionem de conſtituto prætoriam cum actione ciuili ex ſtipulatu cumulari. Equidem videri poſſit nulla planè dubitandi ratio, cum non poſſint ex vno eodemque contractu duæ diuerſæ naſci actiones: attamen ex affinitate pacti & ſtipulationis naſcitur hæc dubitatio & cum etiam citra ſtipulationem reſponſio & interrogatio eſſe poſſit *l. 7. §. 11. d. pact.* non immerito dubitatur, an in dubio, imo etiam vbi per ſtipulationem conſtitutum factum eſt, alterutra actio tantum, an vtraque competere poſſit: id eſt, an concurrant, ita vt vna electa altera, cum vtraque ſit rei perſecutoria, conſumatur: in quo Treutlerus abuſus eſt verbo *cumulationis*: ſiquidem actiones cumulari dicuntur, quæ ſimul, vt ex vtraque quis ſeorſim quid conſequatur, in iudicium deducuntur. Eſt autem illa ſententia, quod hoc caſu actio prætoria ceſſet, communiter recepta teſte *Iaſone in §. in perſonam Inſtit. de action num. 21. & 23.* licet ipſe putet *ibid. nu. 22.* opinionem

Iacobi de Buttio, quod actioni etiam prætoriæ locus ſit in puncto iuris eſſe ſubſtantialem, non obſtante §. *de conſtituta. inſ. Inſtit. de action.* quod qui affirmat ex ſtipulatu actionem dari, non propterea neget actionem ex conſtituto, cum Iuſtin. ibi reſpiciat caſum neceſſitatis, quomodo in ſimili etiam vero domino accommodatur publiciana, & alibi etiam remedia iuris ciuilis, iuris prætorii remedia non excludunt. Non obſtante etiam ratione præcipua Iohann. Fab. & aliorum, quod qui habet remediũ cõpetens iure communi, non poteſt vti remedio, quod eſt contra ius commune: quam retorquet Iaſon. quod eo demum caſu, quando pacto nudo oriatur actio. ea ſit contra ius ciuile: cum autem in caſu propoſito oriatur ex ſtipulatione, eam contra ius commune eſſe non poſſe. Quæ retorſio mihi non ſatis ſapit, quippe quod non niſi quatenus ſtipulatio etiam pactum habet, crediderim actioni de cõſtituto hic eſſe locum. Ideo dixerim potius, vt ex pacto naſcatur actio, non tam contra quam præter ius ciuile eſſe, & cum conueniente iure ciuili prætor quodammodo iuris condendi, imo ipſius iuris ciuilis emendandi & ſupplendi habeat poteſtatem, abſurdum minime videri debet, actio prætoria cum ciuili concurrat. Sed de hac quæſtione plus ſatis. Subijcit autem Treutl. ſe opinionem Iacobi Butrigarii tum veram eſſe putare, ſi partes conſtituere voluerit, non ſtipulare. In quo non videtur bona oppoſitio, quia ita conſtituere poſſunt, vt tamen ſtipulentur: quod ex ipſo à Treutlero propoſito exemplo apparet. Ergo dicere voluit, cum partes paciſci voluerunt non ſtipulari, ſiquidem ex voluntate conuenientium aliquando æſtimatur, an ſit pactum, an ſtipulatio *l. 7. §. 12. d pact.* Hoc autem caſu contra Treutl ſtatuam, tantum actioni de conſtituto locum eſſe: quoniam ſit iuxta voluntatem partium pactũ tantũ eſt, actio ex ſtipulatu naſci non poteſt: & ſi caſu priori, quo ſtipulatio interpoſita fuit, iuxta ſententiam Treutl. ſola actio ex ſtipulatu naſcitur, etiam poſteriori non niſi actio de conſtituto poterit naſci. Neque enim poſſis referre Treutl. ad tenorius, quaſi velit eſſe conſtitutum non ſtipulationem; quia ſententia Butrigari huc non pertinuit, ſed hæc fuit, vbi per formam ſtipulandi conſtitutum fuit, actionem prætoriam cum ciuili concurrere.

LIT. D.

Ait conſtitutum peti quouis idoneo loco exemplo actionis arbitrariæ: Quæ verba. quibus etiam fere vtitur ICtus *in l. 16. §. 1. h. tit.* & videri poſſint minus commoda & concinna iſtum habent ſenſum, quod etiam conſtituto recte adijcitur locus, & quod eo caſu alibi actione arbitraria ſit agendum, & quidem in quouis loco, aut vbique ſed idoneo, & quo aliàs non adiecto loco agendum fuiſſet. Videtur autem colligi ex *d. l. 16. §. 1.* quod actio arbitraria primo ex contractu ſtipulationis conceſſa, poſtmodum ad alias conuentiones in quibus eadem ratio, fuerit producta. Quod autem Bartol. pro diſſ allegat, apparet eum hic repetere, quod propoſitum eſt ſupra theſ. 3 lit. G. videlicet arbitrariam actionem non quouis loco & vbique, ſed tantum idoneo moueri poſſe. à qua ſententia diſcedit *Bartol. in l. 2. de eo quod certo loco* iuxta tradita d theſ. *lit. 3. G. Cuiac.* vero citato loco 13. *obſeru. 17* quæ tradit, nihil huc pertinent: neque video, qua ratione cum eo, quod de arbitraria actione in theſibus proponitur, vlla ratione conueniat, aut aliquid cum illo commune habeat, quod traditur & coniectitur in exegeſi de ſpecie & caſu *l qui id. 33. in princip d. donation.* vbi traditur, & quod conſtituendo id, quod ex cauſa donationis promiſit, non amittat beneficium ſiue exceptionem, quam vocat competentiæ, vt ne conueniat in ſolidum: quod ex ratione optima ibi proponit ICtus, ſed cum eo, quod hic tractatur, nullam plane habet connexionem.

THESIS XI.

Quæ lit. A. de facultate ſoluendi adiecto, & an mutato ſtatu eius ea intercidat, ad compoſitionem *l. 56 d. V. O. l. 38. & 95. de ſolutionibus* proponit, vt ab hoc loco alieno, remittimus ad partem ſecundam *diſputationis 29. theſ. 3. liter. A.* Litera autem B. quæ propius huc pertinent, non ſatis commode aut diſtincte proponi videntur. Et nimirum tres caſus diſtinguendi ſunt. 1. ſi cum prius ſtipulatus eſſem mihi aut Titio, poſtea iterum mihi aut Titio conſtituatur. Secundus eſt, ſi cum prius mihi ſoli ſtipulatus eſſem, poſtea mihi aut Titio conſtitutum ſit. Tertius ſi cum prius mihi aut Titio ſtipulatus eſſem, poſtea mihi conſtitutum ſit. Quæritur his caſibus, quæ ſit facultas adiecto ſoluendi, & quis ſolutionis illi factæ effectus ad inducendam liberationem. Primus caſus expeditam habet deciſionem, ſolutione adiecto facta ſecundum formam quippe, vtriuſque conuentionis, cui

vtrique

vtrique adiectus fuit, ipſo iure contingere liberationi. Alter caſus proponitur *in l. pen. h. tit.* quoniam ibi præſupponendum eſt, non ſtipulationi: ſed conſtituto demum Titium adiectum fuiſſe, quomodo caſum fingit *Cuiac. 13. obſeruat. 20. Anton. Fabr. coniect. 3* & ante eos finxit *Accurſius ibidem*, vbi ad verbum *pecuniam*, notat, *quam tibi ſoli promiſerat*. Reſpondet de hoc caſu ICtus, etiamſi Titio ſolutum fuerit, manere tamen ſoluentem ipſo iure obligatum propria actione conſtitutæ pecuniæ. Quod non immerito abſurdum videtur Cuiac. vt obligatus maneat actione conſtituti, qui ſecundum formam conſtituti adiecto ſoluit, ſiquidem conſtat, ſi ſoluatur adiecto ſecundum formam ſtipulationis, debitorem ipſo iure liberari. Ideoque emendato textu legit, *priori actione* ſcilicet *ex ſtipulatu*: quoniam cum dat conſtitutum ſtipulatio præcedens nouari non potuerit, & alia in perſonam creditoris ſolius fuerit collata, non potuit ſolutione adiecto facta prior actio ex ſtipulatu conſumi. Et hoc priſci quoque interpretes videtur, *gloſſ. Bartol. Salicet. & Caſtrenſ. in d. l. pœn.* qui quoniam emendare textus piaculum duxerunt, propriam actionem interpretantur priorem ex ſtipulatu, quæ competat nomine pecuniæ, quæ poſtea conſtituta fuit. Cæterum *Anton Fab. 5. coniect. 3.* vel ideo emendationem Cuiac. improbandam cenſet, quod ea admiſſa etiam verba, *conſtituta in dict. l. pœn.* eſſent expungenda: ipſe autem ſpecialem rationem conſtituti eſſe putat propter quam etiamſi ſecundum formam conſtituti adiecto ſoluatur, ipſo iure non contingat liberatio: quod ſcilicet conſtitutum fiat citra interrogationem, cum in ſtipulatione ab ipſo creditore adiectus ſit Titius, cui adeo ſoluendo merito ipſo iure debitor liberetur. Verum enim verò hæc differentia perpetua non eſt, cum etiam pactum interrogatione præcedente fieri poſſit, ita quidem vt vere in pacti terminis ſubſiſtat, ſi reſponſio vel non congrua, vel non ſtatim, vel ex ſcripto ſubſequatur; cum & alias ex voluntate partium æſtimetur, an pactum ſit, an ſtipulatio *l. ſeptima §. 12 d. pact.* cum in omni pacto acceptio & approbatio alterius partis requiratur, non poteſt non videri etiam in conſtituto voluntate creditoris Titius adiectus eſſe. Haud ſcio, an exinde ſpecialitatis ratio deſumi poſſit, quod conſtitutum vtpote pactum, æquitate nitatur cui magis conuenit, vt ipſi reo principali ſoluatur non adiecto ad quem res non pertinet: ſiquidem etiam in conſtituto hoc ſpeciale eſt, vt per litis conteſtationem actio conſtituti ſiue obligatio tota ſortis non conſumatur: *l. item illa duodecima. §. vltimo hoc titul.* quod contra eſt in actionibus ciuilibus ex ſtipulatu, de quo infra *p. 2. diſputation. 29. theſ. 1.* Tertius caſus eſt deciſus à *Paulo in l. 59 d. ſolut.* ſi ita ſtipulatus ſim, mihi aut Titio dare ſpondes. & debitor poſtea conſtituerit, ſe mihi ſoluturum, nihilominus adhuc adiecto ſolui poſſe. Cui obſtare videtur, quod idem Paulus reſpondit *in leg. octaua, hoc titul.* ſi poſteaquam ſoli te mihi ſoluturum conſtituti, Titio ſolueris, nihilominus te mihi teneri Accurſius conciliationem petit ex particula *ſoli dict. leg. octaua.* quod ſcilicet per illius adiectionem debitor ſibi ademerit facultatem Titio amplius ſoluendi: quod ſequitur *Gothofredus ad dictam legem octauam & Anton. Fabr. 5. coniect. 3.* Cæterum Cuiacius & fortaſſis ſubtilius exiſtimat, per ſolutionem ita factum adiecto ipſo iure quidem ſoluentem non liberari, ſed teneri actione conſtitutæ pecuniæ quoniam in conſtituto, quod ſeparatim parit obligationem, Titius adiectus non fuit: ſed tantiſper exceptionem debitori ſuccurri, quia ſecundum formam ſtipulationis, quæ per conſtitutum nouata non eſt, exſoluit pecuniam: neque enim ex verbis Pauli *in d. l. 59. d. ſolu.* neceſſario inferri poteſt, ipſo iure præſertim quo ad conſtitutum, debitori contigiſſe liberationem. His conſequenter generaliter verum non erit, quod ait Treutl. ſi adiectus ſit obligationi principali, ſolutionem ipſi factam petere liberationem ipſo iure: quia fallit, ſi poſtea ſoli Titio ſit conſtitutum.

THESIS XII.

Theſis hæc tota fere aliena & fugitiua eſt, pertinens ad locum communem de mora. Sed illud parum ſubtile, quod de iure purgandi moram vſq; ad litem conteſtatam proponit: quoniam veriſſima ſententia eſt, male a Tr. improbata hac th. lit. A. in fin. hoc ad obligatiões facti pertinere vt ſe præſtatione eius, quod fieri debuit ante litem conteſtatam, neceſſitatem præſtandi eius quod intereſt, debitor effugiat. Sed quod obligationes dandi attinet, ſiue ante ſiue poſt litem conteſt. debitum cum eo, quo ius actoris in præteritum (quoad hoc enim purgatio moræ nõ habet locũ) deterius factũ eſt, offeretur liberatio, vel abſolutio ſequetur, de quo

pluribus

pluribus agitur infra *p. 2. diſp. 3. th. 9.* Quod autem adiicit de iuſta litigandi cauſa, non tam ad ius, quam ad officium iudicis pertinet, cæteroquin creditori ſeu actori re ſemel in iudicium deductâ litem porro vrgenti nihil imputari poteſt: de quo agetur citat. loc.

Lit. B.

Ait in theſ. quod actor ſi per eum ſemel ſteterit, poſtea petendo moram non purgare intelligatur. Cui obſtare videtur, quod pro regula traditur, poſtremâ morâ nocere, & ſicut reus poſt moram offerẽdo, ita actorẽ poſt morâ petendo, antè contractum moram eluere. Niſi fortaſsis ſpecialis hic caſus eſt, vt vbi petitioni certa forma modusque datus eſt, fruſtra vbi formæ illi & modo ſatisfactum non eſt, de purganda mora quæratur: quæ videtur eſſe ſpecies, *l. item illa. 18. in princip. h. t.* vbi conſtituti ad certam diem facti hæc forma eſt, vt ad petendam ſibi actionem conſtituti illo ipſo die creditorem adeſſe oporteat: ita vt etiam ſi ante adfuerit vel poſtea adſit, actio conſtituti ipſi denegetur: quæ ſententia eſt *d. l. 18. in pr. t. h.* vt proinde non capiam quid ſibi velit Tr. dum ait actorem non purgare moram, ſi ſemel per eum ſteterit ſiue die conſtituti, ſiue antea, ſiue poſtea per eum ſteterit: quoniam ante actio nata non fuit, poſtea autem expirauit. Niſi forte Tr. hoc ſentit, ſi actor ante diem pecuniam accipere noluerit, poſtea eum ex conſtituto agere non poſſe. Quod ego falſum eſſe puto, cum illa mora impedire non poſſit, quominus poſt veniente die recte actio ex conſtituto moueatur: ſicut ita alias obtinet, vt poſitis habilibus terminis mora à creditore cõmiſſa purgari poſſit. Deinde oportet poni terminos habiles rite pecuniæ creditori oblatæ: quod ſi enim abſente forte creditore reus paratam ſe pecuniam habere, & ſoluere velle coram teſtibus proteſtatus ſit, hoc creditori non præiudicabit, cum creditor in loco illo ſiſtere ſe iure non teneatur. Solet alias à quibuſdam *ex d. l. 18. in princ.* probari, quod ante diem inuito creditori ſolui non poſſit: quod remittimus ad *diſp. 29. p. 2. th. 2. lit. I* vbi ad *d. l. 18* reſpondemus. Tr. autem cum Accurſio diuinatoriè, vt recte ibid. ait Caſtr. *num. 10* eum locum videtur accepiſſe de caſu, vbi dies adiecta fuit in fauorem actoris: quoniam ex *d. l. 18.* hoc probat, ſi dies ita adiecta fuerit, vt alia non liceret ſoluere, tunc illam ſolam diem actori nocere. Enimuerò ex præcedentibus apparet, locum illum in genere de die adiecto quod regulariter fauori rei dari ſolet, accipiendum eſſe, & vtique accipi poſſe, in caſu, quo ante diem actor in locum ſolutioni deſtinatum non venit.

THESIS XIII.

Obſcurum & ambiguum videtur, quod ait hac theſ. lit. C per hanc actionem non conſumi actionem veterem. Equidem per conſtitutum obligationem priorem non nouari conſtat. Cæterum quoad cõcurſum actionis huius & actionis principalis, ita omnino ius eſt, vt cum vtraque ſit rei perſecutoria, vna alteram conſumat: ſed hactenus ſpeciale videtur habere hæc actio, quod concurrentem, non electione vel litis cõteſtatione, ſed ſolutione ſequuta perimit, vt paulo ante dictum ex *l. 18. §. vlt* quem locum cũ citet Tr. eodem reſpexiſſe videtur.

Lit. D.

Nimis generaliter hic affirmat, actionem conſtituti non expirare ſublata principali: cum regulare ſit, vt principali ſublato acceſſorium tollatur. Et ipſe locus allegatus eſt *l. 18. §. 1. h. t.* oſtendit id eſſe ſpeciale, & obtinere in actione & obligatione, quæ tempore expirat. quoniam aliàs tempus modus tollendi obligationem ex ſe non eſt. Et tot exceptiones à Tr. ſubiectæ, rarum & ſingulare eſſe, quod in th. proponitur, oſtendunt: eaque regula potius in contrarium poni & caſus *l. 18 §. 1. h. t* pro exceptione ſubiici debebat. Porro tot enumerati modi tollendi obligationes, exigere videbantur, ne ſpecies aliquæ veluti acceptilatio & nouatio omitterentur: quod aliàs ita Tr. theſ. concepta eſt, vt exinde conſequi videatur præter modos expreſſos & exceptos, cæteris omnibus caſibus ſublata actione principali acceſſoriam de conſtituto actionem ſupereſſe. Alioquin non erat huius loci operoſe modos, quibus tollitur obligatio, recenſere, cui rei deſtinatus eſt locus proprius infra *p. 2. diſp. 29.*

Lit. H.

Non ſatis intelligo, quale ſit, aut quomodo verum ſit, quod hic affirmat, tolli actionẽ conſtituti, ſi alius pro debitore conſtituerit. Neq; enim nouatio hic ſtatui poteſt, quæ etiam ex iure veteri requirit animum & voluntatem aliquam nouandi: neq; omnino conſtitutum quod citra ſtipulationem perficitur, nouationis inducendæ habet poteſtatem: vt proinde conſequens ſit, vtrumq; ex conſtituto teneri. Quod cũ procul dubio veriſsimum ſit, contrarium tamen ex ſententia Tr. neceſſario conſequi videtur: ſiquidem ei quod inſtar regulæ in theſi proponit,

quod

quod ſublata principali actione tollatur actio conſtituti, hanc ſubjicit exceptionem *niſi alius pro debitore conſtituerit*: adeoque hoc caſu ſententia Tr. conſequetur, principalem quoque actionem tolli; ſiquidem idem eſt effectus exceptionis prioris de caſu ſolutionis vel interitus. Et id tamen quomodo non falſum ſit, non video: & ut maxime conſtitutum poſſit tollere prius, non tamen tollere poterit obligationem principalem. Idemque incommodum erit, etiamſi unum tantum conſtitutum, quod alius pro debitore facit, interceſſiſſe proponas. Sed haud ſcio, an illa fortaſſis Tr. ſententia ſit, quam tamen verba per ſe minime ferunt quod conſtitutum ſequens, conſervet aliquando obligationem priorem, quæ aliàs expiratura eſſet: quam ſententiam videtur innuere ratio ſubjecta, quod conſtitutor habeat beneficium excuſſionis neq; poſſit ejus obligatio ſubſiſtere ſine principali. Et tamen ubi aliàs ruitura eſſet aut ruit obligatio, fieri non poteſt, ut per conſtitutum ſuſtineatur: ſed hoc efficit ratio iſta, ut ſublata obligatione principali conſtituto amplius locus non ſit. Cæteroquin tautologiam commiſit, & inconcinne hoc propoſuit, ſi reſpexit ad cauſam *lib.*18. §.1. *h. t.* quo ſcilicet obligatio tempore peritura, tempore nondum elapſo, ita conſtitui poteſt, ut etiam poſt elapſum tempus actione de conſtituto liceat experiri.

Ad
DISPUTATION. XXIV.
DE COMMODATO ET ACTIONIBUS ex aliorum contractu.

THESIS I.

LIT. A.

Ex eo, quod v.c. commodatum depoſitum, & rem ipſam & contractum denotant, evinci ait diſcrimen contractuum re initorum ab omnibus aliis. Verum hoc accidentale & omnino leve diſcrimen eſt, quod à nomine ſumitur. Sed & poſſet dici commodatio, depoſitio, &c. quin & feudum & emphyteuſis, qui conſenſu magis conſtat, ipſam ſimul rem deſignat.

LIT. C.

Probat hic Cujacium, qui mutuum vocat commodatum ad abuſum & commodatum mutuũ ad abuſum. Quæ collatio & diſtinctio mihi non probatur, tum quia repugnat notio utriuſque verbi jure tradita qua commodatum dicitur, cum modo datum, & mutuum, quod de meo tuum fiat: tum quod mutuum non recte dicitur dari ad abuſum, quoniam pecuniam expendendo ſecundum ejus naturam eâ utimur. Et omnino hæc vera & principalis eſt horum contractuum differentia, quæ petitur à diverſitate rerum: quod ſcilicet commodantur ſpecies & corpora, ſed mutuo dantur quantitates & res fungibiles, quarum nullus uſus eſt niſi in conſumptione. E qua aliæ exiſtunt: quod in mutuo, quia nemo niſi dominus rem jure conſumere poteſt dominium trãsferri oportet, quod idem genere reſtituitur, & quod res indiſtincte periculo eſt debitoris. *lib.*11. *C. ſi certum petat.*

Ideoque & res aliena Cum dixiſſet, in commodato tantum permitti uſum rei, infert inde, etiam rei alienæ eſſe commodatum, etiam ſi res à prædone vel fure commodata fuerit. Quæ collectio vitio laborat, quia domini tantum, vel ejus qui jus dominio proximum in re habet, eſt, rem utendam alteri concedere; tantum abeſt, ut ea facultas concedenda ſit prædoni. Et committitur hic fallacia in phraſi, quod in re aliena cõmodatum conſiſtere poſſit. Etenim juxta Treutl. explicationem ſequeretur vel maxime pignus, cujus nec uſus transfertur, in re aliena recte conſtitui contra *lib.*16. §.1. *de pignorat. act. juncta lib.*3. *in prin. de pignor. lib.*1. §.5. *de migrand.* ſcilicet commodatum rei alienæ hactenus ſaltem ſuſtinetur, ut obligatio inter commodantem & cõmodatariũ naſcatur, ita ut ille rem cõmodatam jure repetere, hic autem eo prætextu, quod res aliena ſit, ejus reſtitutionem recuſare non poſſit: qua de re alius erit dicendi locus.

LIT. D.

Etiam incorporalis.] Non videtur, conceſſi uſus rei corporalis aliud exemplum dari poſſe, quam commodatæ ſervitutis *arg. lib.*8 §.5. *de precar.* nam in ſpecie *li.*17. *in pr. de praſcript. verb.* gratuito cõceſſæ habitationis, non rei incorporalis, ſed corporalis, videlicet ædiũ uſus cõceſſus fuit.

LIT. G.

Initio hujus literæ probat emendationem

Digitized by Google

Hottom.qui *in l.3.§.1. hoc tit.* trans poſita negatione legit,*proprie dicitur res reddita, qua non deterior redditur.* Verum fruſtra nodus quæritur in ſcirpo, & æquè recte legitur, *proprie enim dicitur,res non reddita,quæ deterior redditur*: eò magis, quod initio §, eod.modo habetur propoſitio negativa, *ſi res deterior reddita ſit, non videri redditam.*

Sed quid eſt dicis gratia.] Agit hic de explicatione *l.4. hoc tit.* ubi pecunia dicitur commodari dicis gratia. Et interpretationes ab ipſo propoſitæ ut phraſis illa ſignificet aliquid fieri, verbi cauſa, perfunctorie aut neglecte, vel ut ſatisfiat legis ſolennitatibus, licet alicubi & aliquando locum invenire poſſint, vel ut poſterior in caſu *lib.66 de jur.dot.* minime tamen ſententiæ *l.4. hoc tit.* convenire videntur. Videtur res commodata dicis gratia, quæ tantum in ſpeciem commodata eſt, & commodata tantum dicitur, potius quam ut revera commodata ſit, cujus exemplum *in l 18.§.1. de reb.cre.lit. & in l 3.§.ult. hoc tit.* ſi pecunia ad oſtentationem & pompam concedatur, quoniam pecuniæ, quatenus conſideratur ut commodata, & ut in terminis commodati ſubſiſtens, iſte eſt uſus. Neque movet, quod in ſubjecta l.4. dicitur ſæpe etiam, &c. quia cum ſit diverſi autoris ille locus, non eſt præciſe neceſſarius, ut pro ampliatione accipiatur: neque quod in d.l.4. dicitur dicis gratia pecuniam numerationis loco intercedere, alium ſenſum recipere videtur, quam quod cum aliâs numeratione mutuum conſtitui dicatur, hoc caſu numeratio non vera, quippe non facta ad alium finem, ut accipienti jus ſit eam conſumenti, ſed imaginaria eſſe videtur.

THESIS II.

LIT. C.

Pugna l.5.ult. cum l.21 §.1. hoc tit. non ſatis perſpicue à Tr. propoſita, in hoc conſiſtit, quod in illa contra ſingulos in ſolidum, in hac pro parte agi dicitur, Et conciliatio quam ex Hottom. proponit jam olim ab Accurſ. tradita eſt, quem ſequuntur *in d.l.5.§.ult Bart. Caſtr. & Salicet.* qui in hoc tamen errare videtur, quod diſtinguit inter obligationē primitivam, ex qua ſingulari pro parte teneantur, & eam quæ oritur ex culpa & dolo: ſiquidem dubium non eſt etiam ex cauſa contractus realis duos reos debendi in ſolidum conſtitui poſſe.

LIT. D.

Quod in pri. exegeſis ait hæredem teneri pro parte qua hæres eſt, niſi ex facto ipſius agatur, explicandum eſt ita, ut tunc ex facto illius hæredis agi dicatur, ſi unus hæres dolo vel culpa rem corrupetit, vel reddiderit deteriorem. Eſt autem & alias exceptio, ſi vnus hæres rem totam habere ejuſq; reſtituendi facultatem *l.3.§.3. hoc tit.*

Etiam adverſus pupillum.] Non ſatis aſſequor, quidnam ſibi velit Tr. dum ait, hanc actionē dari etiam contra pupillum locupletiorem factum per interpretationem extenſivam. Simplex ſententia eſt *l 3. in pr. h.t.* ſicut ex aliis, cauſis, ita quoque ex cauſa commodari pupillum, qui conditionem ſuam facit meliorem recte conveniri: & quidem ex edicto Pii actione magis dativa quā nativa, quoniam obligatio iſta ad patiendam actionem inefficax eſt, neque convenit rationi juris, ex accidēti & eventu vires obligationis pendere. Sed nimirum imperator pius animadvertit, ita favendum eſſe pupillo, ne cum injuria alterius iniquum faceret luctum.

Et tandem adverſus eum Nihil neceſſum erat hoc ſeparatim proponere, dari hanc actionē adverſus eum, qui non recte utitur re commodata: quia hoc regulare, ut hæc actio ob dolum vel culpam commodatarii habeat locum, ſed hactenus ſpeciale erit, ſi dicamus iſto caſu etiam ante finitum præſcriptum tempus agi poſſe.

LIT. F.

Affirmat hic indiſtincte Treutl. ſi reus, pretiū deteriorationis ſolvere paratus ſit, quod commodans ipſam rem accipere teneatur. Hoc quidem citato loco refert *Schneidvv. ex Angelo*(licet *Jaſon.* ad quem ſe refert *in l.2 §. mutui dato, de reb. cred.* nihil hac de re diſputet) ſed dubiū facit ipſa citata *l.3 §.1 h.t* quæ rem deteriorē redditam nō videri redditā ſcribit & hanc ſententiā quod rem deteriorē nec cum pretio deteriorationis recipere teneatur cōmodans, diſertè probant *Bart. in l. & eleganter. §. non ſolum in fi. de dol mal. ibid. Bald. col.3.* Temperandam putarim utramque opinionem diſtinctione deteriorationis, quæ ſi gravior ſit ita ut rem habere non expediat, ſumma ratio ſuadet æſtimationem rei integræ à commodatario præſtandam eſſe.

LIT. G.

Æſtimatio autem.] Hac de re circa æſtimationem referendam ad tempus rei judicat, dicta ſunt aliqua *ad diſp. 20. de mutuo. th. 13.* intelligo autem hoc niſi res dolo rei perierit, quo caſu in litem juratur.

Digitized by Google

Generatim vero.] Ait hinc intelligi, quamobrem hæc actio condictio dicatur. Quod ſi ex præcedentibus intelligendum eſt, ratio erit, quia re perempta ad æſtimationem datur. Atquin ex eo quod culpa commodatarii contingit, non autem ex natura ſua actionem denominare, minus convenit : & Treutl. eo reſpexiſſe non videtur, quia hanc rationem ſubjicit huius appellationis, quia intendatur dari fieri opottere. Quæ conſequentia non videtur eſſe bona, quia ut docet §. 15. *Inſt. d. action.* condictiones à priſco condicendi & denunciandi ritu appellatæ fuerunt : licet vetum ſit, illam denuntiandi rationem actionum perſonalium propriam fuiſſe. Porro nec illud recte dicitur, quod in hac actione intendatut dari fieri oportere : vel quia conjunctim hoc non intenditur, vel quia etiam neutrum recte accommodari poſſe videtur, niſi verbum *facere* contra uſum juris latiſſime, ut cuiuſcunque rei reſtitutionem comprehendat, accipias. Et ſuſpectum mihi eſt, quod ipſe Tribon. in genere ait *in §. appellamus. 15. inſt. de action.* in perſonam actiones eſſe, quibus dare aut facere oportere intenditur, niſi ille forte ad id quod frequentius eſt reſpexit. Plane ſecundum ſpecialem uſum verbi *condictionis*, qui proponitur *in d. §. in fin.* & juti noſtro magis convenit, quo condictiones contra dominum dari dicitut, apparet hanc actionem commodati, condictionem recte dici non poſſe.

L I T. H.

Agit hic de concurſu actionis commodatī cum actione L. Aquiliæ : quia de re ſententiam noſtram de explicatione & lectione *l. 34. de O. & A. in fin.* propoſuimus ſupra *ad diſp 18. ū. L. Aquil. theſ. 10. lit. I.* ubi illam lectionem, quam hic Tr. probat quæ utramque negationem tollit, minus recte ſe habere oſtendimus.

L I T. I.

Affirmat in th. quod cum actione commodati concurrat rei vindicatio. Cum autem concurſus dicatur ratione ejuſdem perſonæ, ſequetur ipſi commodanti rei vindicationem contra commodatarium dari Quod licet pro certo videantur proponere *Dd in §. omnium I. de action. & ibi Jaſ & Joh. Fab.* ubi tractant de ſecundo requiſito ex parte rei, mihi tamen verum non videtur, ut contra commodatarium qua talem & pro tali ſe gerentem rei vindicatio detur, ſiquidem hic nullo modo rem ſibi aſſerit, & neque dominii, neque poſſeſſionis cōtroverſiam petitori movet. Aliud eſt in tertio dominium ſibi aſſerente, de quo caſu accipienda eſt *l. 9. de rei vind.* ubi commodatarius quaſi, nomine commodantis conveniri videtur : qua de cauſa introductum eſt, ut ipſe dominum rei ſive poſſeſſorē, à quo cauſam habet nominando actionem declinare poſſit *l. 2. C. ubi in rem actio.* Neque obſtat *l. 24. § 2. de bon. aut jud.* ubi nummi depoſiti vindicantut a depoſitarijs : quoniam ibi ſpeciale eſt & agitur de caſu, in quo de vendendis bonis tractatur, & de concurſu creditorum, ubi ipſi quodammodo creditores poſſidere videntur.

Ex qua recte probatur.] Ait recte probari *ex d. l. 9. de rei vind* quod commodatarius poſſideat naturaliter, eoque duos alterum naturaliter alterum civilitet, in ſolidum poſſidere poſſe. Quæ collectio omnino vitioſa eſt : quoniam *in d. l. 9.* non ideo ICtus rei vindicatione commodatarium & cæteros teneri affirmat, quia poſſideant, ſed quia teneant ſaltem & habeant reſtituendi facultatem, & improbatur opinio Pegaſi, qui poſſeſſionem veram requirebat : ut adeo ex ipſa *d. l. 9* commodatarium non poſſidere probetur. Equidem ICti aliquando per abuſionem etiam detentioni poſſeſſionis verbum accommodant *l. 3. ult. cum l. ſeq. ad exhib.* verum ubi diſputant, an duo in ſolidum eandem rem poſſidere poſſint, minime verbo poſſeſſionis ita uruntur, quod aliâs, quin illa quæſtio affirmanda ſit, nec ratio dubitandi ſupereſſe queat : & fatuus ita fuerit, *Paul. in l. 3. §. ex contrario de acquir. poſſeſs.* acriter cōtendens duos in ſolidum poſſidere non poſſe: de quo pluribus agitur infra p. 2. diſp. 21.

An vero qui utendum.] proponitur hic quæſtio, an commodatarius teneatut de damno ab alio dato. Ubi Treut. Poſt *Hottom. 4. obſerv. 11.* putat diſſenſiſſe ICtos, & quod ſententiam Juliani negantis *in l. 19. h. t.* improbaverit poſt Marcell. *Vlpian. in l. 41. locati.* ſed verius eſt Juliani ſententiam non tam ſimplicitet improbari, quā potius duabus adjectis exceptionibus limitari. Regula proponitur à Juliano *in d l. 19.* non teneri propter damnum ab alio datum, qui quid ſervandum conduxit vel utendum accepit : quoniam nulla cura conſequi & cavere poſſit, ne alius injuria damnum det. Quæ ipſa ratio exceptiones illas duas in l. 4. 1. locati admitti ſuadet. 1. ſi coſtodiri potuerit, ne damnum daretur. 2. ſi ipſe cuſtos appoſitus à me damnum dedit, quoniam factum cuſtodis merito ipſe præſtare teneor. Ut

Google

proinde apparet, non ſatis cauſæ habuiſſe Hotoman. cur tantopere in Tribonianum hic inveheretur, ſiquidem exceptiones cum regula non pugnant, ſed ei ſaltem in aliquo derogant. Et hæc jam olim *add l.19. & 41.* annotavit Accurſ. In prima tamen limitatione revera Julianum cavillatus eſt Marcellus, ſiquidē de regula non eſt, cum Julianus propoſuerit cuſtodiri non poſſe, ne damnum daretur, itaque culpam excluſit.

THESIS III.

Theſis hæc plana ſatis eſt, quam ſtrictim percurremus. Quod lit. A. de juramento in litem proponit extra propoſitam materiam eſt. De gradibus culpæ & explicatione lib. 32. depoſiti diximus quænam ad diſputationem 10. theſ 5. liter. E. agitur infra diſputation. 26. theſ. 2. Quod liter, F. de periculo ex mora præſtando dicitur, limitandum eſt juxta tradita ſupr diſputat. 15. theſ. 7. & part. 2. diſputation 3 theſ 8. ſiquidem naturalis interitus rei etiam poſt moram indiſtincte ad debitorem non pertinet. Nec illud ſatis liquidum eſt, quod liter. H, tradatur de re, quæ æſtimata commodata eſt: dum quia dubitari poteſt, an neceſſaria ſit expreſſa conventio de reſtituenda æſtimatione ut periculum ſit commodatarii, an ſufficiat ſimpliciter rem æſtimatam fuiſſe: tum an in caſu expreſſæ conventionis, quo venditionem contractam videri ait Treutl. locus ſit actioni commodati, *argument l.16. de jur. dot.* ubi in caſu dotis æſtimatæ actionem exempto dat ICtus: tum denique an re extante ipſa etiam an tantum æſtimatio peti poſſit. Dixerim non eam videri mentem fuiſſe pactum, ut plane transformaretur contractus, ſed ideo adjectam æſtimationem, ut in eventum rei deperditæ expeditior actio & executio eſſet. Illud autem recte Treutlerus, quod contra ſententiam quorundam imo communiter *Dd. in l. 4 reb. credit. in leg. 5. §. 3. hoc titulo.* periculum non illud tantum quod ex culpa, ſed etiam quod ex caſu fortuito provenit, accipit: & firmatur ea ſententia 1. ex ipſa proprietate vocis, periculi. 2. quod regulariter ob leviſſimam culpam teneri commodatarium conſtat, quod etiam ita proponitur *in §. ſecundo, in fine.* & ſubiicitur *in §. tertio.* re æſtimata etiam periculum præſtari, & aliâs æſtimatio illa nihil omnino operaretur. 3. *ex l 17 §. 1. de præſcriptis verbis.* ubi ſi ego te rogavi, meum dicitur eſſe periculum, rogare autem intelligitur cōmodatarius. Sed obiicitur quod in §. ſubiicitur, quod ſenectute, morbo vel latronum vi contigit, commodatario imputandum non eſſe. Reſpondeo iſtud non referendum eſſe ad caſum æſtimato rei datæ, ſed ad generalem illam regulam præmiſſam in §. 2. quia commodatarius dicitur teneri præſtare culpam & diligentiam: cum præſertim conſtet §§. arbitrio compilatorum excerptos & conjunctos eſſe. Non diſſimulo tamē, periculi verbum aliquando in ſpecie ſumi, ut diſtinguatur à caſibus fortuitis, & ad cauſam naturalis interitus referatur, ut colligi poteſt ex *lib. 1. §. ſæpe. 35. depoſiti.* & ex collatione *l. ultim. de condict. cauſ. dat. cum l. 5. §. 1. de præſc. verb.* ubi periculum explicatur de morte, & *ex l. 11. in fin cum l. 14. §. ultim. depoſiti. l 37. 1. de negot. geſt.* licet alibi etiam generaliter uſurpetur, ut *in l 4. in pr. de reb. cred.*

THESIS IV.

Lit. C.

Ait commodantem ob damnum quod ex re commodata ſenſit commodatarius, doli tantum etiam latæ culpæ nomine teneri. Atquin ego malim ſequi regulam, qua ubicunque de eo quod intereſt & reſtitutione damni dati quæritur, latam culpam dolo æquiparari traditur. Neque obſtet *l. t. 8. §. 3. h. t.* quia ſatis habetur pro ſciente, qui in lata culpa eſt. Non etiam *l. 61. de furt.* ubi dicitur in hoc caſu, quia nulla ſit utilitas commodantis, paulo remiſſius verſari nos debere circa interpretationem doli: quia hoc eo ſaltem pertinet, ut facilius commodantem excuſare debeamus à dolo, & conſequenter etiam à lata culpa: cæteroquin ubi verè lata culpa eſt, quo minus pro dolo habenda ſit, textus iſte non prohibet.

Lit. D.

Duplicem hac lit. quæſtionem proponit 1. quæ ſit ratio appellationis & cauſa cur actio alia directa, alia contraria dicatur. Ipſe hanc reddit rationem, quod commodatum contrahatur accipientis cauſa actio contra eum competens merito directa & principalis appelletur. Quæ conſequentia ſi bona eſt, ſequetur contra deponentem vel manentem, quorum gratia hi contractus fiunt, dari actiones directas, Quod cum falſum ſit, in petenda ratione iſtius denominationis non conſiderandum erit, cujus utilitatem contractus reſpiciat, ſed quis principaliter & primo ex contractu obligetur: quo modo obligantur commodatarius, depoſitarius, mandatarius,

depo-

Digitized by Google

deponens autem vel commodans ex poſt facto & quaſi per accidens obligari videntur. Neque bona videtur ratio Treu. quamobrē actio dicatur cōtraria, quod cōcedatur ex oppoſito: ſiquidem ubicunq; utrinq; actio datur, alterā reſpectu alterius ex oppoſito concedi oporteт. Forte cōmodius dicetur, quod cū actio iſta naſcatur ex poſt facto & ex accidenti, quod aliud v. c. in rem impenſum vel ex ea damnum acceptum eſt, ideo eam contrariam dici ceptam eſſe, quod ſicut commodatarius ad reſtituendam rem tenetur, ita quoque commodantem, v. c. expenſarum nomine commodatario viciſſim ſive contra obligari æquum fuerit viſum.

Si res commodata.] Altera hæc quæſtio eſt, ſi poſt rem commodatam furto fortaſſis amiſſam commodatarius conventus ejus æſtimationem præſtiterit, & res poſtmodum in poteſtatem cōmodantis redierit, & commodatarius qui jam ejus æſtimationem ſolvit, agat, actione contraria cujus ſit futura electio inter rem & æſtimationem: & reſpondet pro commodatario, ſive agatur condictione ſine cauſa ſive rei vindicatione, quod ſc. per æſtimationem litis quam præſtitit commodatarius res ei vendita videatur. In quibus hæc animadvertenda occurrunt. 1. quod quæſtionem format de actione commodati contraria & tamen reſpondet, electionem competere ſive agar condictione ſine cauſa ſive rei vindicatione: ideoque dicere debebat, idem futurum ſi iſtis actionibus agatur. 2. In actione in rem electio actori tribui non poteſt: ideoque dicere debebat, in electione commodatarii eſſe, an condictione ſine cauſa an rei vindicatione experiri velit. 3. ratio qua utitur Treutler. quod vendita videatur res commodata potius hoc concludit, ut tanto magis ipſam rem tantum perſequi poſſit. 4. quod in hoc caſu rei vindicatio commodatario competat, (licet hanc etiam cōcedant ipſi Bart. & Salicet. *in l. 17. §. ult. h. t.*) dubio carere non videtur: quod commodatarius nec dominus nec poſſeſſor unquam fuerit, neque quævis æſtimatio citra conventionem deſuper factam, venditionem inducit; & inſuper fingendum eſſet, quoniam ex venditione ſola dominium non tranſit, ita rem videri traditam, ut tempus æſtimationis præſtitæ ad tempus cōmodati adhuc durantis retrotrahatur, quo caſu alia traditione opus non eſt, §. *interdum 44. de rer. diviſ.* Neque facit pro Treutler *l. 63. & 76. de rei vind.* quos textus etiam Bart. & Salicet. adducunt in quibus poſſeſſori qui litis æſtimationem exſolvit, utilis in rem actio accommodatur. Etenim diverſa ibi tractatur ſpecies, & ab eo qui rei vindicatione conventus, ad commodatarium non recte infertur; tum quia *in d. l. 63.* qui litis æſtimationem ſolvit, poſſeſſor fuit, adeoque recte notat Caſtren. *in d. l. 17. §. ult. h. t.* non aliter fieri hunc dominum, niſi tempore ſolutionis fuerit poſſeſſor, vel voluntate ejus qui dominus erat poſſeſſionem conſequutus eſt: tum quia facilius emptio ſtatui poteſt in eo qui verus poſſeſſor, quam qui nudus detentator fuit: tum quia ex cauſa actionis in rem facilius credi poteſt emptio, quam ex cauſa obligationis in perſonam: & in ſpecie *d. l. 63.* ideo rei vindicatio utilis conceditur, quod petitor æſtimatione recepta, quodammodo retro rem poſſeſſori vendidiſſe cenſetur. 5. quod electionem dat commodatario, magis dubium videtur; quod regulariter debitoris ſit electio, cujus vices commodans inſtituta actione à cōmodatario, ſuſtinet: quod jus commodantis *l. 17. §. ultim. h. t.* ſatis perſpicue confirmat, in qua verba, *præſtare*, *reddere* non ad commodatarium, ſed ad commodantem referuntur: cui etiam electionem dat gloſſ. *in d. l. 17. §. ultim. & ibid.* Bartol. & Salic. qui ex ſententia Jacobi diſtinguunt inter genus actionis quod commodatarius elegit: quod ſc. actione commodati alterutrum petatur, condictione ſine cauſa pretium, & utili vindicatione res ipſa. In quo utique labitur Treut. qui commodatario, quacunque experiatur actione dat electionem, cum tamen apertiſſimum ſit, ubi ſecundum naturam actionis res ipſa vel pretium petitum & in judicium deductum eſt, ex parte actoris amplius electioni non eſſe locum: ut proinde nulla ſit conſequentia, qua quidam concludunt: commodatarius habet jus eligendi qua actione uti velit: ergo etiam ſimpliciter habet jus eligendi, an pretium an rem habere velit: niſi ita accipiatur, quod intendendo hanc vel illam actionem, efficere poſſit ut vel rem vel æſtimationem conſequatur. Licet nec iſtam conſequentiam admittat Bart. & Salic. *in l. 17. §. ult. h. t.* utpote qui quacunque inſtituta actione arbitrium reſtituendi quod velit commodanti concedunt: quod in duabus quidem actionibus admittit Caſtr. ſed & in rei vindicatione negat: ut adeo & textibus & autoritate Treutl. ſententia deſtituatur.

Lit. E.

Ait, quod quis contrario judicio conſequi poteſt, id etiam recto judicio conventum habere ſalvum jure retentionis, non compenſationis, quia tantum quantitatis hinc inde debitæ recō-penſatio. Equidem quoad effectum, de quo hic tractatur, nihil cæteroquin intereſſe videtur, an retentionis, an compenſationis jure id commodatarium habere dicamus. Sed & claudicat Tr. ratio; quoniam re amiſſa vel corrupta etiam in directum judicium quantitas venire poteſt. Sed nimirum Tr. diverſas quæſtiones confundere videtur, de jure cōmodatarii in objicienda cō-penſatione: quod ſcil. intereſt an ipſa actione commodati, an alia conveniatur: de quo poſteriori controverſia eſt inter citatos Cuiac. & Forner. Et tamen contrarius ſibi eſt *Tr. diſp. ſeq. th 7. lit. F.* ubi etiam in commodato compenſationi locum facit, de quo ibid. agemus.

THESIS V.

Lit. C.

Improprie refertur precarium ſub contractum innominatum do ut facias: quia neque precario concedere, dare, neque reſtituere, facere eſt, pro ut ea verba in materia contractuum innominatorum uſurpantur *argum. l. de præſcript. verb. l. 7. in princ. de pact.* ſiquidem *dare* ibi ſignificat transferre dominium, & facere quid in vicem compenſationis pro eo quod datum eſt: & alias mutuum, commodatum, depoſitum, pignus ſub iſtum contractum do ut des referri poſſent.

Porro ſimilitudines & differentiæ precarii & commodati hac liter. C. & ſeqq. traditæ, valde ſunt generales & communes pleræque & quod liter. D. de abſentibus proponitur, rectius ad modum contrahendi, quam ad perſonas refertur: neque convenientiam præcipuam, quod utrumque datur ad uſum omittere debebat. Illam vero differentiā quæ eſt ſub lit. G. non ſatis aſſequor, quod commodatum informetur regulis juris civilis, precarium autem in terminis juris gent. ſubſiſtat. quoniam hæc talia ſunt, ex iis actio non naſcitur, velut ſupra diſp. 6. pactum in terminis juris gent. ſubſiſtere dixit: nomine autē precarij actionem dari conſtat; ſed qualis & quænam actio detur, non ſatis expeditum eſt: quo pertinet controverſia & diſputatio litera I. in qua pugnantes in ſpeciem ſunt textus, *& in l. 14. de precario, juncta l. 8. §. 3. eod.* magis ad donationis quam ad negotii contracti cauſam hoc dicitur pertinere, eoque procul ad interdicta rejecta eſt hæc tractatio à materia cōtractuum, quorum naturæ non videtur convenire, ut negotium pendeat à libera voluntate alterius, unde *& in l. 14. §. u qui de furt.* ex precario civilis actio negatur. Sed contra *in l. 2. §. in fi. & l. 19. in fi. de prec.* actio præſcriptis verbis, quæ utique civilis eſt conceditur. Conciliationes Acc. fere ſunt divinatoriæ. Tr. inter æquitatem & jus ſtrictum diſtinguit. Magis probo quæ fere etiam ſententia eſt Gilberi. Regii. 1. *contrar.* 10. ut inter initium & progreſſum diſtinguatur. Initio enim quod negotium hoc donationis inſtar eſſet, nulla videtur data fuiſſe civilis actio, quod movit prætorem, uti deſuper interdictum proponere, ſed poſtea ICti, cum precariū cōmodato ſimile eſſe animadverterent, actionē civilē etiam admiſiſſe & accōmodaſſe videntur. Et repetendum hic eſt, præſcriptis verbis actionem duplicem videri, alteram quaſi ordinariam, quæ ex quatuor illis articulis, *in l. 5. de præſcript. verb.* expreſſis, deſcendit: alteram incertam & irregularem, quæ diverſis factis, quoniam multa & varia ſub d. tit. de præſcript. verbis proponuntur, actionem certam non producentibus, ex æquo & bono accommodatur: cujuſmodi ea, quæ pro precario datur: non ad intereſſe, ut alias actio præſcriptis verbis, ſed ad reſtituendū, unde & dicitur condictio incerti, *l. 19. in fin de precar.* quia per eam qualis qualis poſſeſſio condicitur, ad imitationem actionis commodati: quo pertinet, quod poſt Paul. *5. ſent. c. 6. § redditur.* Cuiac. *ſcribit in l. 7 de pact.* etiam cæteras actiones præſcriptis verbis ad exemplum nominatarum actionum eſſe introductas. Scio à quibuſdam ita diſtingui quod precarium aliud ſit purum *l. 1. & 12. de precar.* aliud mixtum, in quo interveniat aliquod lucellum *arg. l. 11. & 12. de precario,* ex quo demum quia habeat aliquem modum & finem certum, & tempus etiam admittat, putant naſci actionem civilem. Verum accedente modo fine, & tempore vix erit, ut non tranſeat in commodatum & divinatorium eſt, ut in ſpecie *l. 2. & 19. h. t.* quibus locis civilis actio conceditur, lucrum aliquod interceſſiſſe dicamus. Sed quoniam verſamur in explicatione litera I. videamus de eo, quod ibi in extremo adnectit, concedenti contra accipientē etiam rei vindicationem competere. Cui ſententiæ obſtant ea, quibus ſup. commodanti contra commodatarium actionem eam

dari

Digitized by Google

dari negavimus: Neque movet, quod interdicto poſſeſſorio locus eſt, quia hoc neceſſitatis gratia, cum deficeret alia actio propoſuit prætor: & vindicationis alia ratio, in qua petitor intendit dominium, cujus fruſtra probationem, ſuſciperet, ubi de precario conſtat, & precarium reus fatetur.

Jam regrediamur ad lit F. in qua illud dubium quod etiam commodatum indiſtinctè more accipientis finiti affirmat: quia ubi commodatum uſque ad certum tempus conceditur, non improbabile videtur, intra illud defuncto commodatario, uſum reſidui temporis ad heredes tranſire: quod tamen nunc in medio relinquo.

Sub lit H. non ſatis benè dici videtur reſtituendum eſſe uſum: quia hic à re ipſa quæ reſtitui debet omninò eſt diverſus. Neque probandum puto, quod ibid. ſimpliciter ait, precarium etiam ſtatim & intempeſtive repetenti reſtituendum eſſe: quia rationi & naturali æquitati quam ipſe Treut. lit. I. hic conſiderandam monet repugnat, ut prætextu liberalitatis quis decipiatur, quod facile non contingere poteſt. ut revocatione intempeſtiva damnum alteri inferatur, cum potius tacita quadam conventione hoc ſemper agi intelligendum ſit, ut accipiens ex precario cõſequatur utilitatem. Plane ex ſcopo petentis, & qualitate ipſius rei quæ rogata precario fuit utenda hęc cõtroverſia ex parte decidi poſſe videtur. LIT. K

Hanc rationem reddit, cur in precario tantum præſtetur culpa lata & dolus, quod hoc liberalitas poſtulet concedentis: quæ ratio non videtur concludens: quia cum hæc liberalitas ſolius accipientis utilitatem reſpiciat, tanto major ad hoc adhibenda diligentia videtur, ne alteri liberalitas ſua ſit damnoſa: quæ ratio ſuaſit, ut in cõmodata quod itidem gratuitum eſt, exactiſſima diligentia requireretur. Ideoque fortaſſis verior ratio eſt, quod precarium nullos habet terminos, ſed ad arbitrium ſolius concedentis revocatur. Cui conſectarium eſt, quod vera differentia commodati & precarii, à modo & forma concedendi dependeat, unde etiam diverſitas obligationis ad reſtituendum exiſtit, quam ex parte expreſſit Tr. ſub lit. H Cæterum hac lit. L. alia differentia commodati & precarij excutienda eſt, quod pupillus commodatum accipiens ſine tutore, non teneatur, ſed interdicto de precario indiſtinctè teneatur, idque ex varietate formularum dependere exiſtimat cum Cujacio 23. *obſerva* 21. In quibus hæc notanda occurrunt 1. quod ut pupillus interdicto de precario teneatur, præſupponendum eſt eum rem tenere, ceteroquin interdicto locus non erit 2. ex hoc ipſo vitium hujus differentiæ infertur, quoniam pupillus qui rem adhuc tenet, etiam ex commodato conveniri poterit *per l. 3. h. tit.* quippe quod ad hunc effectum, ut pupillus ex edicto Imperatoris Pij conveniri poſſit, pupillus locupletior factus dicitur, qui pauperior factus non eſt, quoniam ſufficit hactenus pupillo conſulere, ut ne ſit in damno *l. 47. §. 1. de ſolut.* 3. Differentiæ ratio rectius dicitur pendere à diverſitate actionum ſive remediorum, actionis commodati & interdicti, quod cum ſit poſſeſſorium, non niſi ſuper eo quod quis tenet concipi poteſt: quin ex ſupra dictis ſequitur, ſi pupillus rem teneat, etiam formulam actionis commodati in eum convenire. 4. Iſta differentia claudicat, quod nomine precarij non tantum interdictum, ſed etiam actio præſcriptis verbis & condictio competit, cujus formula eum formulis actionum ex contractu procul dubio concordat, nec quicquam proderit pupillo, ſi hoc vel illo remedio conveniatur.

THESIS VI.

LIT. B.

Rationem hic reddit, cur exercitor teneatur: quod qui per miniſterium alterius contrahit, ipſemet contrahere jure civili intelligatur. Atquin primo actiones iſtæ de quibus hic agitur non civiles ſunt ſed prætoriæ. 2. jure civili potius regulare eſt, ut & per alium alter nec obligetur, nec alteri obligatio quæratur. Regula autem illa juris, quod quis per alium facit, &c. ad eos caſus pertinet, qui per alios expediri poſſunt. Et alia poſſeſſionis illa obligationis ratio eſt. *argum §. ex his. 5. Inſtitut. per quas perſonas nob. acquir.* quoniam ut poſt Dd. tradit Zaſ. *in 1. §. per procuratorem 20. de acquirend. poſſeſſ.* traditio ſive apprehenſio res eſt actus naturalis, ſtipulatio autem vel obligatio eſt actus civilis, qui non egreditur perſonam agentis.

LIT. C.

Præter civiles actiones.] Hæc verba duplicem admittunt ſenſum. 1. ut prætor has introduxerit actiones præter civiles, quæ cõpetunt cõtra ipſum præpoſitum qui contraxit, ſi ſit libera perſona. 2. quod introduxerit eas præter civiles

que-

Digitized by Google

quæ dabantur contra ipſum præponentem v. c. patrem vel dominum. Prior ſententia & explicatio omni modo vera eſt, ſed poſterior dubia, quam tamen etiam probat. Treut. hæc ipſa th. lit. H. ubi ait ſi magiſter fuerit filius famil. vel ſervus, potuiſſe directo agi cum patre vel domino. Quod quidem ex eo dubium fit, quod prætor actiones iſtas exercitoriam, inſtitoriam, &c. neceſſitate ſuadente introduxiſſe videtur, quod jure civili contra præponentes actio non eſſet: quod confirmatur ex §. *actiones, 10. Inſtitut. de action.* ubi hanc reddit rationem Juſtin. introductæ actionis de peculio, quod ex contractu filiorum ſervorumve, patres dominique ipſo jure ſcilicet civili non tenerentur. Neque obſtant textus *in l. 29. de reb. cred. & in §. ultim. Inſtitut. quod cum eo &c.* quia dicam hoc ipſum ut condictio daretur contra patrem & dominum, poſt actiones iſtas à prætore introductas receptum fuiſſe, quod nihil intereſſet, qua actione debitor conveniretur: licet & quod de condictione dicitur ad eum caſum reſtringi poſſit, quo ſpeciali juſſu patris dominive filij aut ſervi contraxerunt, vel etiam in rem domini & patris verterunt.

Lit. I.

Sub finem hujs lit. proponit de pecunia quæ minorenni vel civitati data eſt, quod creditor probare teneatur in rem ejus verſam eſſe. Id quidem ab hoc loco alienum eſt, & quod de civitate dicitur, referendum eſt ad caſum, quo ſyndico vel adminiſtratori pecunia data fuit, quem caſum etiam tractat Cujac. *in l. ultim. de exercit. act. tract. 8 ad African.* Cæteroquin contrarius ſibi fuerit Treut. ſupra diſput. 20. theſ. 5. lit. A. ubi ait civitatem ex mutuo tanquam privatum obligari & Diſp. 11. theſ. 8. lit. H. civitatem ſine beneficio reſtitutionis obligari. Quid in minore juris ſit tractatur ſupra dict. diſput. 11. th. 9.

THESIS VII.

Hac theſi definitio actionis inſtitoriæ anguſtior eſt definito, quoniam hæc actio non tantum adverſus patrem & dominum quorum Tr. meminit, ſed adverſus quemcunque præponentem datur.

Lit. E.

Quærit hic, an hæ actiones ſint condictiones certi vel incerti. Quæ quæſtio parum videtur ſubtilis, quod ea de cujuſcunque contractus actione proponi poſſet: quoniam actiones iſtæ, tantum actionum aliarum ſunt qualitates: ſed &, actiones ſpeciales contractuum, niſi latiſſime accepto vocabulo § 15. *Inſtit. de act. l. 25. in princip. de oblig.* condictiones appellari non ſolent, ſed certum tantum actionum genus in perſonam, quæ contra dominum dantur: & in ſpecie, quod ex uſu juris actiones iſtæ non recte condictiones appellentur, probatur *ex l. 29. de reb. credit. & ex §. ultim. Inſtitut. quod cum eo.*

Neque imputatur contrahenti.] Proponitur *ex l. 17. §. 3. h. t.* quod non imputetur ei qui ſcivit dominum deceſſiſſe: ubi pro *ſciens*, Anton. Fab. reponit, *neſciens*: tum quod præpoſitio ſit quædam mandati ſpecies, tum per textum *in l. ejus qui 41. de hæred.* ubi non recte ſolvitur inſtitori calendarii mutato ejus ſtatu: tum argum. à contrario ſenſu *ex l. 5. §. penult. h. tit.* ubi æquum eſſe dicitur, ignoranti dari actionem. Attamen argumentum à contrario ſenſu nihil poteſt contra textum expreſſum: qua de cauſa Accurſ. *in d. l. 5.* ſubaudit, *maxime*, & alia mandati alia præpoſitionis iſtius ratio eſt, propter utilitatem promiſcui uſus, de qua *in d. l. 17. §. 2.* cum inſtitor quaſi mercatoris cujuſdam vices ſuſtineat: & ad *l. 41. de reb. credit.* præterea quæ Accurſ. notat recte reſpondetur cum Zaſ. ibid. deciſionis rationem non tam ſumi à morte domini, quam à mutato ſtatu inſtitoris: niſi forte etiam alia ratio eſt inſtitoris qui mercem exercet, & qui fœnus, cujus utilitas tanta non eſt. Et ut hoc addamus, colligitur *ex d. l. 17. in §. 3.* facilius dari actionem ei, qui ante aditam hæreditatem, quam qui poſt cum inſtitore contraxit, maxime ſi talis ſit hæres, qui inſtitorem removere non poſſit, cæteroquin qui expreſsè eum non removet, præpoſitionem intelligitur approbare *argum d. l. 5. §. penult. h. t.* in quo diverſa omnino contractus mandati ratio eſt.

Sed anne inſtitores.] Eos qui factores vulgo dicuntur, ex contractu ſuo non aliter obligari cenſet Treut. quam ſi etiam ſuo nomine ſe obligaverint. Quod ex ratione juris noſtri verum non videtur, ſive quis eos cum procuratoribus comparet, ſive cum veris inſtitoribus, quos ſi liberi ſint, ipſos quoque teneri conſtat: eoque factores quoque illos ſi ſimpliciter contraxerint obligari exiſtimo. Neque obſtat *lib. ultim. de inſtit. act.* in qua proponitur caſus ſingularis, ubi nec contractus proprie eſt, & inſtitor nominatim & in ſpecie fecit nomine

præ-

Digitized by Google

præponentis , cæteroquin , ut dictum, inſtitorem.de quo d. l. loquitur, regulariter ex contractu obligari conſtat.

THESIS VIII.

LIT. A.

Vt quæſtus ad ipſos ſervos redeat.] Improprie hoc dicitur,quippe quod omne lucrum & quæſtum ad dominum pertinere conſtat. Et illud lit.C.magis adhuc improprie dicitur , quod actio de peculio domino competat , qua ſibi debitum deducat:pro eo quod dicere debebat, dominum actione de peculio conventum , cui in propoſita ſpecie tantum locus eſt , deductionis jure uti poſſe.

LIT. D.

Qui dolo malo verſatus eſt.] Cum hæc verba in ipſa th.& in definitione ponat, ſatis inde colligitur, cum hoc caſu tantum actioni tributoriæ facere locum:quæ ſententia confirmatur *ex §. introduxit 3. in fi. Inſt. quod cum eo, &c.* ſi quis, inquit Juſt. ex creditoribus queratur , quaſi minus ei tributum ſit,quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat prætor,quæ tributoria appellatur. Verum utcunque hic fortaſſis principalior iſtius actionis ſit uſus,attamen ei etiam locus eſſe videtur ab initio ante diſtributionem factam , ut dominus merces tribuere, & partes æquales pro rata creditoribus aſſignare teneatur : quod probatur *ex §. cæterum 5. verſ. tributoria. Inſt. quod cum eo, &c.* tributoria , inquit Juſtin. expedit agere quia in ea domini conditio præcipua non eſt:qui locus evincere videtur, hanc actionem non tantum pro diſtributione emendanda & corrigenda, ſed etiam pro ea inſtituenda intentare poſſe. Sed tamen non videtur iſta condemnatio vera eſſe, diſtribue merces:ideoque magis puto: controverſiam de permiſſione & ſcientia domini apud prætorem deciſam fuiſſe, eaque approbata, prætorem ut diſtributio fieret juſſiſſe : inde non rite diſtributione facta ad judicem itum fuiſſe.

LIT. E.

Ait in extremo, quod tributoria actio ab inſtitoria differat ſubjecto. Quid vero per ſubjectum hic intelligatur, ego ſatis explorare non poſſum.

THESIS IX.

LIT. A.

Ait Tr. quod rubrica iſta complectatur actiones inſtitutas in favorem creditorum , talemque eſſe & hanc , quatenus alias jure civili actio competere non poſſet. Atquin imo hæc actio etiam favorem reſpicit debitoris , & in eo ſatis perſpicue labitur Treutl. quod in hunc tantum caſum actionem iſtam propoſitam putat , quo jure civili actio non competebat : ſiquidem non tantum in emancipatum, ſed etiam in exhæredatum & eum qui ab hæreditate abſtinuit, imo etiam qui ex modica parte inſtitutus eſt , edicto illo nomine ejus quod vivente parte cōtractum eſt,non ſolidum,ſed quātum facere poteſt prætor actionem concedit *l. 2. in pr. & §. 1. quod cum eo, &c.* quos jure civili in ſolidum teneri conſtat; eoq; reſpectu favorem debitoris vel maxime, ne dicam tantum, hæc ratio concernet. Ut taceam, quod & communius & verius eſt, emancipationem hodie capitis diminutionem non eſſe, eoque emancipatum etiam jure civili hodie cōveniri poſſe, utcunque diſſentiat Tr. & hic ſupra *diſput. 11. th. 16.* ubi propria hujus quæſtionis ſedes eſt. Cæterum quod Dd. ex quibus nullum citat. Tr. vulgo diſſentiat, non ſatis intelligo , neque hoc vel ex Acc. vel ex Bart. aut Bald. *ad l. 1. quod cum eo, &c.* colligi poteſt, neque illi actionem iſtam nullo modo favorem debitoris reſpicere affirmant : ſed ipſe Accur. & Bart. notant *d. l. 1.* ſit generalis ad tit. aliquot ſeqq. id ipſa ICti verba ſatis oſtendunt.

LIT. C.

Qui peculium amittebat.] Imo ſimpliciter emancipatus, niſi expreſsè peculiū pater ademiſſet, illud retinebat pereit. *l. 31 §. 2. d. don.* Neque hæc cauſa fuiſſe exiſtimanda eſt ob quam ex edicto prætoris emancipatus non conveniebatur in ſolidum , quod ipſi peculium ademtum erat: quoniam in modico peculium illud conſiſtere ſolebat.

LIT. D.

Vel abſtinentem ab hæreditate.] Debebat addere, *ex l. 2. §. 1. quod cum eo, &c.* ex minima parte inſtitutum, id eſt, ut recte Acc. ea, quæ facit legitimam, quoniam in minori inſtituto olim querela inofficioſi dabatur : ſic. quod exhæredatis, quibus etiam hoc Edicto prætor ſuccurrit , olim quarta relinqui ſolebat.

Quod idem eſt.] Proponit idem eſſe, ſi pater naturalis vel adoptivus mortuus ſit ex *l. 2. §. 1. d. tit.* & tamen ſtatim Tribon. additionem *in d §.* eſſe ait: neq; juxta vulgatam lectionem *d. §. 1.* de patre adoptivo, ſed naturali tractatur: niſi forte Treutl. utroque caſu idem juris eſſe putat. Sed triplicem illius loci explicationem ex Hottomann.

Digitized by Google

& Cujac. propoſitam excutiamus. Prima eſt, quod Tribo. illa verba adjecerit reſpiciens, ut intelligo, ad conſtitutionem novam Iuſt. de qua *in §. ſed hodie Inſt. de adopt.* Verum cum ex illa conſtitutione filius in adoptionem datus extraneo, patri naturali ad inſtar ſui ſuccedat, ratio nulla dari poteſt, propter quam filio huic per edictum prætoris ſuccurratur. Altera eſt, quod filius in adoptionem datus neglexerit petere bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, unde cognati, quæ ipſi in adoptativa familia conſtituto in bonis patris naturalis datur, §. *admonendi 13. Inſtit. d. hæredit. ab inteſt.* Verum hic caſus rarior eſt, cum ex hac bonorum poſſeſſione filius adoptatus non niſi poſt ſuos & agnatos admittatur Deinde cum plenum jus in familia & bonis patris adoptivi ex ratione juris antiqui habeat, & patri naturali ſit extraneus, non video quomodo in eo dictum iſtud prætoris reperiat locum. Tertia eſt, ut pro verbo *naturalis*, legamus, *adoptivus.* Verum utcunque admiſſa hac emendatione, non intelligo quomodo ad talem filium qui neque emancipatus, neque exhæredatus, neque ex minima parte inſtitutus, neque ſc. abſtinuiſſe proponitur, ſed ex ratione juris antiqui pleno jure patri adoptivo ſuccedit, prætoris edictum poſſit pertinere. Putabam *in d. l. 2. §. 1. quod cum eo, &c.* aliquid ſubaudiendum, & eum caſum intelligendum eſſe, quo patre naturali mortuo adoptivus filius emancipatus fuit, qui ſc. cum ad patris naturalis bona ingreſſum non habet §. *at hi 10. Inſtitut. d. hæred. ab inteſt.* merito tantum in id quod facere poteſt conveniendus eſt: cæteroquin ante ſi emancipatus ſit filius, facile evenire poteſt, ut moriente patre naturali hæreditatem ejus conſequutus, beneficio iſto prætoris non fruatur.

THESIS X.

Vitioſa omnino eſt quæ hac theſ. proponitur peculij definitio. quæ tantum propria eſt profectitio: neque excuſari poteſt Treutl. quaſi materiæ ſubjectæ hanc definitionem accommodaverit, & illud peculium tantum, cujus nomine actio de peculio in dominum vel patrem datur, definire voluerit: vel quia ipſe *theſ. ſeq. in fin.* etiam nomine peculij adventitij hanc actionem admittit, vel potius quoniam ipſe peculij ita definiti diviſionem ſubjicit in paganum & caſtrenſe, de quo definitio illa nullo modo prædicati poteſt. Sed & amplius hæc quoque ejus peculij quod filij famil. habent tantum, ſubdiviſio eſt, quoniam ſervi peculium paganum recte non dicitur, ſed eſt ſimplex & unicum, quale etiam olim erat filijfam. ſed diſtinctio ejus cœpit ſub Imperat. qui cum armis Rempubl. oppreſſiſſent militib. gratificaturi, caſtrenſe peculium proprium ipſorum fecerunt *in princ. Inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* ad cujus exemplum poſtea introductum quaſi Caſtrenſe, & tandem adventitiorum proprietas detracta patri.

LIT. E & F.

Speratim habere permittunt.] Verbum hoc *permittere*, non ſufficiens eſt ad exprimendum naturam cujuſcunque peculij: quia quoddam peculium habent conniventib. oculis domini, imo etiam clam domino, v. c. quod liberalitate amici vel etiam parſimonia ſua, quorum ipſe Tr. meminit lit. E. acquiſiverunt. Unde illud Terent. *in Phorm. quod ille de demenſo ſuo comparſit miſer*, quoniam ſervis menſtrua alimenta dari & protogari ſolebant, ut docemur e epiſtola *Senec. 81. & ex Plaut. in Stich. ſcen. 2. vos meminiſtis quot calendis petere demenſum cibum.* Hinc ſervi ſuis numm. s emti dicebantur *l. 4. d. manum. 39. d. pecul. l. cum ſervus mandat*, vel quia ſubſtituebant aliquem cui argentum dabant, qui eos fiducia de manumittendo contracta à domino mercaretur dd textib. vel quia ipſi domino pro capite aliquid dabant. *l. 10. pro emtore Senec epiſt. 8t. peculium quod ventre fraudato comparaverunt, pro capite numerant*: & ille ſervus apud. Plaut. *in rudente ſeu Neptuno*: *ergo illi pauxillatim pollicitabor pro capite argentum.*

LIT. G. ſeqq.

Deducto eo quod ipſis debetur.] Hæc verba definitioni peculij non recte adjiciuntur, quia non reſpiciunt eſſentiam peculii, ſed jus & privilegium domini actione de peculio conventi. Sub lit. H. ubi de caſtrenſi peculio, abutitur verbo, *concedi.*

LIT. K.

In th. non recte ſimpliciter ignorantiam domini vel patris requirit, quia ſufficit non juſſiſſe, ut actioni de peculio tantum ſit locus. nam quod ad tributoriam actionem attinet, eam parit ſcientia univerſalis cujuſdam negotiationis, non contractus alicujus ſingularis. Ibid. in exegeſi verbum contractus late accipiendum ait, ut & quaſi contractus comprehendat. Atquin contractus verbum natura ſua generica alias per ſe quaſi contractum continere videtur.

Cæte-

Digitized by Google

Cæterum non tantum contractus vel quaſi, ſed quævis conventiones ex quibus actio naſcitur, velut conſtitutum, intelligendæ ſunt, prorſus eo modo ut ex loco contractus forum dicimus ſortiri.

L i t. L.

Ait eſſe quoſdam caſus, quibus quis nec naturaliter obligetur, actio de peculio in dominum non detur, Ubi duo notanda ſunt: 1. quod etiam his caſibus, quos intelligit Treutl. ſi fide juſſerit vel quocunque modo intervenerit ſervus *ex l.3.§.5.6. & 8. de pecul.* ſervus revera ex conſenſu ſuo naturaliter obligatur. 2. quod actio illa de peculio non deſcendit ex obligatione naturali ſervi, ſed mere eſt dativa ex edicto prætoris introducta, quod eleganter probat *l. eo tempore 50. § 2.de pecul.* ubi ICtus ait, quod etiam poſt acceptum judicium ex cauſa actionis de peculio fidejuſſor pro ſervo accipi poteſt, quod naturalis obligatio quam ſervus ſuſcepit, in litem non ſit translata: & caſibus iſtis exceptis ideo actio de peculio domino negatur, quod fide jubere, cõpromittere ſervo adempta, & extrà ad miniſtrationem peculii ſunt, ut conſequenter eorum nomine dominus nequeat conveniri, de quo etiam bene Cujac. *9. obſerv.* 11. Et tamen etiam quodam illorum caſuum, v. c. ſi ex cauſa peculiari ſervus fidejuſſerit, actioni de peculio locus eſt, *d.l.3 §.5.d.pecul.*

THESIS XI.

L i t. C.

Qua ideo annua.] Exceptio hæc perpetua eſt, ſed abuſive annua uocatur eo reſpectu quod prætextu anni elapſi actionem excludit.

Ideo ſi apud emancipatum.] Confuſè hic agit Treutl. tum quia cum propoſuiſſet de actionis tempore, ſubjungit de ejus qualitate, quod in ſolidum detur: tum quod cum in th. tantum propoſuerit de parte vel domino, hic ad filium & ſervum manumiſſum delabitur. Et hoc tamen in ſervo generaliter proponendum non erat, qui ex contractu ante geſto poſt manumiſſionem non tenetur, & ipſa *l.*21. depoſiti, hanc exceptionem oſtendit.

L i t. D. & E.

Duo hic proponit, de actionum harum concurſu, itemque electione ſimul & regreſſu. Illud de concurſu videlicet non cumulativo, ſed ut loquuntur Dd. electivo, expreſſo jure traditum eſt, & docet Iuſtin. *in §. caterum 5. Inſtit. quod cum eo. &c.* modo hac modo illa actione experiri utilius eſſe. Quod dependet tum à natura actionis, tum ex accidenti. Ex illo, quod actio vel in ſolidum eſt vel non eſt, & quod dominus privilegio utitur vel non. Ad hoc pertinent in rem verſio, probandi neceſſitas, peculii quantitas. Nimirum ſi quis cum ſervo inſtitore contraxerit, tres concurrunt actiones, inſtitoria, de in rem verſo & de peculio, Prima utilior eſt, quia ſolidum datur, nec privilegium dominus habet & facilis eſt probatio: ſecunda ex accidenti utilius eſt, ſi in rem verſum probari poſſit: tertia tum demum utilis, ſi peculium ſufficiat expungendo debito, & hoc ipſum probari queat. Eodem modo ſi cum ſervo in merce peculiari negotiante contractum ſit, in concurſu actionis tributoriæ & de peculio, modo illa utilior eſt, in qua nullum eſt domini privilegium, modo hæc ſi fortè in parte tantum peculii negotiatus ſit ſervus, vel domino nihil debeat, *d.§.caterum verſ. rurſus.l.11. d.tribut.action.* De altero ita propõit Treutl. quod in una ſuccumbenti detur regreſſus ad aliam, ſi juſto errore ductus minus rectam elegerit. Quã ſententiam falſam eſſe non dubito, quia ſuccubuiſſe, ſignificat in cauſa victum fuiſſe, quo caſu conſumto iure agendi, & quæſita reo exceptione rei judicatæ, actio eiusdem poteſtatis & rei perſecutoria moveri non poteſt. Cæterum ubi ſimplex electio facta eſt, res dubitationem habere poteſt, & admitti aſſertio Treutl. quamvis fortaſſis vix citra beneficium reſtitutionis id fieri poſſe videatur, propter text. *in l.9. §.d.tribut action.* qui regreſſum negat, ſiquidem electio facta dicitur, ubi prætor aditus, ab eo actio petita, & formula data eſt.

L i t. F.

Miratur hic quare Iuſtin. actiones iſtas tam operosè explicari curaverit ſub tit. Inſtit. quod cum eo, &c. cum eius tempore ſervitus fuerit imminuta. Atquin actio inſtitoria & exercitoria etiam in perſonis ſui iuris, cæteræ utique in filiusfam. locum inveniunt. Porro aliud eſt ſervitutis ius & poteſtatem dominorum imminutam eſſe aliud ſervitutem plane abolitam: quod poſterius ipſe ad Caroli magni tempora refert laudato autore Bodin. 1.*de republ.c.5.* Verum ipſe Bodin. cit. loc. ſcribit ꝙ Lotarius Caroli magni nepos ſervos ad pileum vocaverit, & quod poſt anno 1200. ſervi in Italia fuerint, & circiter ea tempora ſervitus in rebus publicis Chriſtianis deſierit. Conſtat autem Carolum Magnum circa annum Chriſt 800. floruiſſe & imperaſſe. Verius eſt & probabilius, non ſimul & ſemel, ſed

Digitized by Google

ſenſim eo deventum, non in occidente tantum ſed & in oriente: quomodo jam olim ſub Imperatoribus Conſtantinopolitanis apud Græcos Bulgares & Illyrios receptum fuiſſe, ut victis & captis ſpolia auferrent, in ſervitutem non abducerent, ſcribit *Niceph. Gregoras lib. 4* etenim inter Chriſtianos non ſatis juſtum videtur bellum, quod de Græcis olim ſcripſit *Plato 5. de repub.* & indignum videbatur ejuſdem religionis conſortem pro mancipio haberi, quod nec lege Dei ſatis probatur *Lev. 25. verſ. 39.* de quo etiam actum ſupra *diſp. 2. th. 2.* ex eoque infertur, ſi qui hodie ex Turcis aliiſque infidelibus aut Barbaris, cum quibus juſtum bellum eſt, capiantur, eos jure redigi in ſervitutẽ & hactenus nec hodie ſervitutẽ ſublatam eſſe.

LIT. C.

Quod & ad monachos.] Hactenus, ut ſi iis, qui nihil proprii habere poſſunt, aliquid ſpecialiter Abbas conceſſerit, ipſe ex cauſa contractus cum monachis geſti conveniri queat, quomodo hoc cit. loc. explicat Jaſ.

Et ad adventitium.] Non eſt incerti juris, quod actio de peculio ejus nomine competat, quod ſervi vel filii ſeparatim à rationibus domini patriſve tenent: ut proinde falſum eſſe oporteat quod Tr. hic tradit, patrem etiam nomine uſus fructus, quem in adventitiis habet, actione de peculio conveniri poſſe, ſiquidem unica ratio concedendæ hujus actionis fuit, quod dominus aut pater peculium concedendo etiam jus contrahendi conceſſiſſe videtur. Poſſit tamen ſententia Treurl. ſuſtineri in caſu ſingulari *l. 6. §. 2. verſ. fin. autem C. de bon. quæ liber.* de quo tamen Tr. cogitaſſe non exiſtimo (ſi pater poſſeſſionem actualem bonorum adventitiorum liberis conceſſerit: quamvis hoc reſpectu bonorum profectitiorum ſapiant naturam. Quod autem hodie in filiisfam. actionem de peculio frequentari ait, ab ipſa experientia refutatur, & ſublato aut certe valde imminuto patriæ poteſtatis jure & deſueta ſimul ratione illa concedendi peculii, nullus aut perexiguus etiam in filiisfam hujus actionis ſupereſt uſus.

THESIS XII.

LIT. C.

Non tamen ejus voluntate.] Intellige ut naſcatur actio hæc de in rem verſo, cæterum ut maxime juſſu vel voluntate domini contractum ſit, actio iſta cum aliis actionibus concurrit: licet etjam in caſu non volentis domini, actio de peculio naſcatur.

LIT. D.

Quid ſi in rem unius.] Recte Tr. improbat opinionem Accurſ. *in l. 16. de in rem verſo.* quam etjam ſequitur Cujac. *in l. 17. eod. tract. 8 ad Africã,* quaſi in ſpecie *d. l. 16.* nomine ejus quod in rem verſum eſt, ſed tamen actione de peculio agatur. Etenim propoſuit ibi ICtus caſum adempti peculii, quo actioni de peculio locus non eſt: ut proinde in ſubſidium actio de in rem verſo concedatur, cum non adempto peculio alter ſocius in cujus rem verſum non eſt actione de peculio teneatur, quod ſervus cõmunis alterum ſocium debitorem peculii effecerit, adeoque etiam peculium fecerit locupletius.

LIT. F. & G.

Ad explicationem eorum quæ hic traduntur, notandum eſt, quod hæc aliquando per ſe ſubſiſtens actio eſt, ſi vel nullum peculium, vel quod fuit ademtum, vel ſervo mortuo actio de peculio finita ſit *l. 1. § 1. d. in rem verſo.* frequẽtius autẽ actionis de peculio adjecto eſt *argum. § præterea 4. verſ. licet enim l. quod cum eo, &c. l. 19. de in rem verſo*, quia quicquid in rem domini verſum eſt, etiam in peculio eſſe intelligitur *l. 1. inf. d. in rem verſo.* Eſtque adjectio ea ideo & utilis & neceſſaria, quia quoad hoc, quod in rem domini verſum eſt, dominus privilegio deducendi quod ſibi debetur, non utitur, ſed ſolidum præſtare tenetur, *l. 16. in fin. & l 17. in fin. d. in rem verſ.* Itaq; judex ſi v. c. ex decem mutuo acceptis, quinque in rem domini verſa ſint, ea tota primo adjudicat actori, quoad reliquum in quantum deducto quod domino debetur, in peculio eſt, reum condemnat, idque eſt quod ait Juſtin. in d. verſ. licet enim duas hic eſſe condemnationes. Unde intelligitur, quamobrem expediat actione de peculio, cum adjectione in rem verſo, experiri.

THESIS XIII.

LIT. A.

Unde qui juſſu.] Ait reſtitui filium minorem qui juſſu patris contraxit, non reſtitui qui mandato. Atquin cum hujus rei nulla alia ſit ratio, niſi quod in favorem tertii reſtitutio minor non datur, ea & magis etiam militare videtur in caſu juſſus quo, non vero altero, ei qui cum filio contraxit actio contra patrem datur. Neque obſtat *l. 1. §. 6. quod juſſu*: quoniam mandatum generaliter acceptum etiam juſſum comprehendit, quod in filio ſubjecto imperio patris præſumi poteſt: cæteroquin filius etiam libere & tan-

Digitized by Google

& tanquam alius procurator contrahere poteſt *argum. l. 29. d. minor.* cum qua ſi jungatur *l. 3. §. utrum eod. tit.* colligitur eod. modo juſſum quoque generaliter & ſpecialiter uſurpari poſſe, & proinde exiguam hac in re inter juſſum & mandatum eſſe differentiam, neque in quæſtione iſta diſtingue dum eſſe cum Treutl. inter juſſum & mandatum, ſed an ex contractu geſto voluntate patris, ſive hanc juſſum ſive mandatum appellare velis, filius ſit læſus, ut hoc caſu reſtitutionem habeat, alias ſi ex reſtitutione pater commodum ſit ſenſurus, ea locum non habeat, idemque juris eſſe, ſi non patre ſed extraneo mandāte filius aliquid geſſerit, probatur *ex d. l. 29. d. minor.* Cæterum lit. B. hujus th. in eod. errore eſt Tr. quem notavimus ſupra hac diſputatione theſ. 6. lit. B. dum putat hanc eſſe rationem concedendæ hujus actionis, quod juſſa, quoniam eum ipſo patre vel domino jubentibus contrahere, videatur contrahi.

THESIS XIV.

Affirmat Tr. valere ſtatutum, ut parentes ex delictis liberorum ad pœnam pecuniariam in ſolidum obligentur. Equidem tale ſtatutum non omnino dixerim eſſe barbarum, neque tamen etiam rationi illud ſatis crediderim convenire, ut filius delinquendo patrem obliget & ad paupertatem redigat, & pater nullius culpæ ſuæ ſentiat pœnam; Etenim & corporalis & pecuniaria pœna conveniunt in communi genere pœnę, & generale juris & rationis præceptum eſt, ne alienæ culpæ & delicti quis luat pœnam: alias ſi contra patrem ex delicto filii ad pecuniariam pœnam agi poſſet, patre exiſtente paupere, etiā agi poſſet ad corporalem: quia ex regula juris non habens in ære luere debet in corpore. Et vero cum liberi ſumme ſint obſtricti parentibus quibus propter ſumma beneficia, Ariſtot. autore perinde ut Diis, par gratia referri nequit, tanto abſurdius fuerit, parentes ex delictis liberorum obligari. Et magis rationi convenire dixero ſtatutum, quo liberi ob delicta parentum ad pecuniariam pœnam obſtringantur: quoniam ſumma obligatio qua liberi obligantur parentibus, & cui hoc modo ex parte ſatisfieri poteſt, ſtatutum ejuſmodi ab iniquitate poteſt vindicare. Neque facit pro Treutl. quod hoc modo incitentur patres, ut in educandis & inſtituendis liberis majorem adhibeant diligentiam: quoniam aliis remediis hoc fieri debet, & ſæpe non prodeſt diſciplina: & hac ratione ſtatutum etiam quo pœna carceris imo & corporalis ob delicti liberorum irrogatur parentibus, defendi & ſuſtineri poſſet, ſiquidem culpa & negligentia parentum circa educationem commiſſa, coerceri intelligeretur. Nihil enim movet quod vulgo jactatur, quod pacto poteſt, idem & ſtatuto fieri poſſe; quia reſpondeo 1. in futurum id pacto fieri poſſe non videri, ut pater pro delicto filii quandocunque cōmittendo pœnam ſe ſoluturum promittat. 2. in ijs quæ adminiſtrationem & diſpenſationem bonorum privati alicujus concernunt, propoſitionem illam falſam eſſe, & plus poſſe pactum, quā ſtatutum recte ordinatum: quivis etiam libere bona ſua alienare & donare poteſt, quæ ſtatutum rationabile nemini auferre poteſt. Cæterum alii non indiſtincte neque ad quamvis pecuniariam pœnam, ſed uſque ad quantitatem legitimæ ex delicto liberorum ſtatuto patrem obligari poſſe exiſtimant, cujuſmodi ſtatutum valere ex communi Dd. ſententia tradit Jaſ. *in auth. noviſſima C. d. inoff teſt. num. 8. & 12.* licet & hic moveat, quod non ſatis conveniat patrem vivum ad ſolvendam legitimam, ſive ipſi filio ſive pro filio adſtringi; maxime cum de quantitate legitimæ; non niſi eo tempore quo pater defunctus eſt, quæri & judicari debeat & poſſit: vide de hac quæſtione prolixe, Jaſon. *§. actiones autem 10. Inſt. de action. num. 67. & ſeqq.* & adde ſupra notata diſp. 13. th. ult. lit. A.

Ad

DISPUTATION. XXV.

DE SENATUSCONSULTO Velleiano, &c.

THESIS I.

LIT. A.

S*Enatusconſulta quæ vim legis obtinent.*] Non recte ſimpliciter hoc affirmatur de SCtis: quia cum SCta ſuper diverſiſſimis rebus fierent, nec potuerunt quidem omnia vim legis habuiſſe. Sed & permiſſu demum Imperatorum ſenatus jus facere potuiſſe videtur, juxta *l. 9. d. ll.* & quod traditur *in §. SCta. 5. d. jur. nat. gent. ex l. 2. §. 9. de O. I.* poſtquam populus propter multitudinem convenire non potuerit, jus legis ferendę

Digitized by Google

ad ſenatum translatum fuiſſe, falſum eſt & hiſtoricæ veritati repugnat, ut notatum ſupra *diſp.1. theſ.5. lit.* G. & ut Bodin.1. *de republ.*12. *poſt princip. & lib.3.cap.* 1 *in fin.* & res ipſa loquitur, SCta; non niſi ad populum lata vim legis habuerunt, cæteroquin ad ſummum annuam authoritatem obtinuiſſe idem Bod. cit. loc. ex Dionyſ. Halicarnaſſ. confirmat.

LIT. C.

Quia civilia officia.] Interceſſio civile quidem & virile officium appellari videtur *l.2.§.1. hoc titul. & in l.2.d. reg. iur.* ſed revera tamen non eſt. Et ſane mulier etiam pro fœmina non recte intercedit, & multis caſibus etiam pro viris utiliter intercedit, cum tamen civilia officia omnimodo fœminis ſint ademta: neque minus debitum alienum conſtituere fœminæ prohibentur, in quo utpote ſimplici pacto nulla officii alicuius civilis eſt ſimilitudo: & ante SCtum Vell. eadem natura interceſſionis fuit, nec tamen tum fœminis virilia officia permiſſa.

LIT. D.

Utriuſque autem. Ait in verbis SCti *in l.2.§.1. h.t.* eſſe exemplum veteris & novæ obligationis, quod fideiuſſio ſit obligatio aliena, mutui datio nova. Verum hæc non recta eſt obligationis veteris & alienæ confuſio, & huius ad novam oppoſitio: ſiquidem & per mutui dationem obligatio aliena, quod ipſe Tr. hic tradit, & ea tamen nova ſuſcipitur, & niſi aliena eſſet, huc non pertineret. Eodemque errore labi videtur hac th. lit. G, ubi pro exemplo veteris obligationis proponit, ſi mulier alicui pecuniam dari mandet: quoniam hæc aliena quidem obligatio, ſed nova eſt, cuiuſmodi exemplum proponitur lit. I. ſub qua etiam hoc proponendum erat. Cæterum ut hoc addamus ad *lit.D. in l.2.§.1.* commodius videtur ut cum Hottom. legamus, mutationes, licet & vulgata iuxta explicationem Cujac. defendi poſſit: quomodo etiam illum locum accepit Caſtr. *in l.1.h.t.nu.5.verſ.contingit.*

THESIS II.

LIT. A.

Aut ſuccurri mulieri ſi creditor eam intercedere ſciverit, quod alias nemo cum fœminis contraheret. Atqui imo quam plurimi ſunt contractus & caſus, qui non incidunt in ſpeciem interceſſionis, illud autem minus recte ſe habet quod eandem rationem ait eſſe in minore: quoniam ætas ignorari poteſt, ſexus non poteſt (neque enim fingimus fœminam veſtes viriles indutam) & intercedere pertinet ad qualitatem contrahendi, minorem eſſe conditionem ſignificat perſonæ, propter quam in omnibus contractibus minori ſuccurritur. Poſſit dici ita comparari, quod ſicut non ſemper ſuccurritur minoribus *l.24.de minor.* ita nec fœminis: verum hoc & longius petitum, & nihil ad licentiam ſive ignorantiam de qua hic agitur pertinet. Poſſit & ita explicari, ut ſicut qui ignoravit fœminam intercedere replicatione juvatur, itidem qui ignoravit minorem eſſe. Verum & hic obſtat quod minor non confertur cum fœmina, cujus ſexus ignorari non poteſt, ſed cum intercedente, & male minoris ſimpliciter conſiderati comparatio eſt cum fœmina, quæ non qua talis, ſed ut intercedens hic conſideratur. Cæterum de re ipſa & caſu ignorantiæ, agitur aliquid *th.5.lit.* E.

LIT. B.

In qua nihil innovatur.] Pertinet ad explicationem *l.23.§. ult. h. tit.* circa quam utramque opinionem Bulgari & Martini proponit ibid. Accur. & illam totidem verbis, quot eam refert Treutl. deinde hanc Martini, qui etiam in caſibus, quibus olim exceptio non dabatur mulieri, eam hodie tutam eſſe putabat ſi forma conſtitutionis illius ſervata non fuiſſet: quam opinionem Acc. cui injuriam facit Treut. improbat, dum priorem affirmat eſſe veriorem. Neque vero putanda eſt illa mens fuiſſe Iuſtinian. ut ſuccurreret mulieribus, quas SCtum & ejus interpretes ICti beneficio indignas judicaverant, ſed ut diſputationem de hac re redderet expeditiorem in iis caſibus, quibus de jure interceſſionis olim dubitabatur, ut indiſtincte excluderet, & præcideret actiones creditorum ſi extra formam præſcriptam mulieres interceſſiſſe proponerentur.

LIT. C.

Ait quod initio *in l.2.§.h.t.* petitionis verbo vindicatio, actionis autem condictio veniat, Verum ſimplicius dici exiſtimo, quod ſenatus pluribus verbis unum idemque genus actionis deſignare voluerit, diverſa tamen phraſi, ne ab his petitio, neve in eas actio detur: cum præſertim *in l.1.de SCto Macedon.* eod modo ex cauſa mutui, unde tantum perſonalis deſcendit actio, petitio actioque in filiumfam. negetur: cum tamen *in d §.1. l.2.* tantum fiat mentio mutuationum & fideiuſſionum, quæ itidem tantum actiones perſonales producunt; neque extra

Digitized by Google

caſum, quo mulier rem ſuam pro alio obligavit, actio in rem contra mulierem, videlicet hypothecaria locum habere poteſt.

At quomodo petitio.] Occurrit hoc & in aliis partibus juris, in caſu SCti Maced. & juramenti *l. 9. in princ. de jurejur.* & vulgata ejus rei explicatio eſt, contingere hoc ijs caſibus, quibus ipſo jure obligatio ſublata non eſt, & tamen exceptio privilegiata, ſpecialique jure introducta eſt, quæ operatur, ut actio quæ ipſo jure competit, à prætore denegetur, ſi modo nihil ex adverſa parte objici poſſit: quo caſu utpote in re dubia prætor actionem addita exceptione & replicatione concedit. Et fortaſſis hic aliquid facit, quod SCta revera vim legis non habuerunt, eoque nec ipſo jure actionem tollere potuerunt: quamvis & ipſa negotij & contractus conditio hoc ita ſtatui ſuaſerit, cum multis caſibus mulieri quæ interceſſionem prætendit, non ſuccurrendum, eoq; cognitione judicis, an ea cauſa ſit, ut mulieri ſuccurri debeat, ſit decidendum. Quod autem in extremo hujus th. de condictione pecuniæ ſolutæ mulieri danda dicitur, explicatum eſt *diſp. 22. th. 4.*

THESIS III.

Paucula th. hac notanda occurrunt. Sc. juxta lit. A. cum ſolus favor verſetur mulieris, conſenſus patris beneficium adimere nequit, & patrem tamen hoc caſu de peculio teneri non dubitaverim: & perſpicua differentiæ ratio eſt inter hoc & SCtum Macedonianum quod & favorem patris reſpicit, & creditores coercet, qui malo more pecuniam filiisfamil fœnerantur *l. prima. d. SCto Macedon.* quæ ratio patre conſentiente omnimodo ceſſat.

Alia differentia proponitur lit. C. quod ex cauſa interceſſionis ſuccurritur fidejuſſori etiãſi non habeat regreſſum contra mulierem, quod ſecus in Macedoniano *l. nova. §. tertio. d. SCto Maced.* Quod autem d. lit C. proponit per modum ampliationis, quod imo amplius & procuratori mulieris ſuccurratur, revera ampliatio non eſt, quoniam juxta cit. *l. 30. §. 1 hoc tit.* non ſuccurritur procuratori qua tali, ſed quatenus ſequutus mandatum mulieris interceſſit.

THESIS IV.

LIT. A.

Si pretio accepto.] Primus hic eſt caſus, quo mulieri non ſuccurritur, ſi pretio accepto interceſſerit, quod non ex ll *Digeſt.* ſed ex conſtitutione Juſt. eſt *in l. 23. C. h. tit.* ad quam Hottom. notat miſificum, ut loquitur Juſtiniani odium in mulieres mercedem accipientes, cum *in §.* concedat creditori mulierem prius exigere, & regredi cõtra debitorem: cum tamen ea ratione iuris veteris electo fideiuſſore debitor liberaretur. *l. 26. §. abeſſe. Mandati l. 3 de fidejuſſ. & ipſe Nov. 4.* beneficium excuſſionis introduxerit. Attamen prius iſtud non reſpicit odium mulieris, & Juſtin. generaliter conſtituit, ne electione liberatio cõtingat *l. ultim. Cod. d. fideiuſſ.* & fortaſſis per *d. Nov. 4.* derogatum eſt *d. l. 24. C. h. tit.* niſi quis putet *diſſ. l. 23.* accipiendam de caſu, quo mulier alienam obligationem expromittendo in ſe tranſtulit, ut videlicet in quantum à muliere creditor conſequi nequeat, à creditore antiquo actione reſtitutoria conſequatur. Videndum autem ne per iſtam *l. 29.* fraus fiat SCto Velleiano, ſiquidem illud quod acceptum eſt, ſummam pro qua intervenit mulier minime exæquet, cum ita pecuniola aliqua fœminæ allici, & circumventæ remedio fraudari poſſint.

LIT. B.

Alter caſus proponitur, ſi mulier extraneæ dotem promiſerit: & quidem, ut in exegeſi traditur ſi pro filia dotem promittat, ceſſat SCtum non communi ratione, qua proponitur *in l ult. Cod. h. t.* ſed ſpeciali, quod ſuum negotium geſſerit. Sed fortaſſis hoc verum non eſt, quod dotem dare liberis non materni ſed paterni ſit officii, neq; mater extra caſus exceptos filiam dotare teneatur, iuxta ea quæ tradit ipſe Treutl. *p. 2. diſp 7. th. 3. lit. B.* Neque pietatis intuitus, quem adducit Tr. efficere poteſt ut mater proprium negotium geſſiſſe intelligi debeat.

LIT. D.

Quæſtio hic propoſita, an fideiuſſoria obligatio, ſi fideiuſſor ſuccedat debitori, tollatur necne, pertinet ad *ſequent. diſp. 29 theſ. 1. lit. G.* Cæterum ab alienatione hic propoſita quod regulariter tollatur, non recte excipit caſum *l. 8. §. plane, 13. h. t.* quoniam ibi non de muliere fideiubente, ſed expromittente tractatur, ſiquidem de actione reſtitutoria, quæ priſtino debitore per novationem liberato competit, diſputatur.

LIT. E. & F.

Vulgata quidem nec tamen ſatis extricata hic proponitur quæſtio, an mulier extra iudiciũ efficaciter renuntiet SCto Velleiano, quod ego contra Treutl. magis negare velim, vel hac ſola ratione, quod admiſſa contraria opinione,

nullo

Digitized by Google

nullo vel levi negotio eluderetur & inutile redderetur beneficium hujus SCti: quoniam qua levitate & infirmitate mulier intercedit, eadem renuntiabit, quæ ratio eſt Caſtrenſ. *in leg. ultim. §. penult. hoc tit.* Et quoniam neutrubi præſens damnum eſt, quæ ut intercedat, etiam ut renuntiet ſibi perſuaderi patietur, Neque ſatisfacit certiorario quam Treutl. requirit: vel quia neceſſaria ea non videtur, cum quivis juris cui renunciat gnarus eſſe intelligatur, vel quia certioratio ad augendam vel minuendam obligationem nihil facit, neque ſufficiens eſt ad cohibendam levitatem, & excludendam infirmitatẽ mulierum, aut ad abſterrẽdum eas ab interceſſione, quæ nullum præſens oſtendit periculum: & cum certiorationis finis ſit, ſcientia, nihilominus mulieres, ut maxime juris ſui conſciæ ſint, hoc SCto juvantur: & ſemper militat ratio, quæ ducitur à cauſa impulſiva hujus SCti, ne mulieres ex aliena obligatione ſentiãt damnum. Accedit quod cum mulier etiam iterato intercedens juvetur, renuntiatio tamen iteratione non videtur eſſe efficatior: ſpecialiter autem ſtatutũ eſt *in l. 22. C. h tit.* ut iteratio cum biennium facta mulierem excludat ex præſumptione ibi adjecta, quod videatur magis proprium negotium gerere: Facit etiam quod SCtum ſimpliciter improbat interceſſiones & inde natam obligationem *l. 1 & 16. h t.* neque hoc ſolo mulierum favore; ſed ſimul intuitu publicæ honeſtatis, quod intercedere quaſi virile videatur officium *l. 2. §. 1. h. tit. & l. 2. d. reg. jur.* Iuvat denique hanc ſententiam *l 23. Cod. h tit.* qua juxta explicationem ipſius Treutl. *th. 2. lit. B.* mulier intercedens non ſervata illius conſtitutionis forma, etiam citra auxilium Velleiani ipſo jure tuta eſt, & tunc demum exceptione defenditur, vel de hujus viribus diſputatur, ubi inſtrumento tribus teſtibus ſubſignato interceſſio facta eſt. Quod ſi enim his accedentibus nihilominus exceptio Vell. locum habet, multo minus eam excludet ſimplex renuntiatio. Eſt quidem aliud intercedere aliud renuntiare: ſed lex reb. poſita eſt non verbis, & quæ ita ſolenniter intercedit, enixum ſeſe animum obligandi & præmeditatum habere oſtendit, quæ tamen ſola ratio eſt, ob quam diverſum ſentientes mulierem certioratam efficaciter renuntiare opinantur: quin & quæ ita ſolenniter intercedit, parum abeſt, quin hoc ipſo tacite renunciare videatur, certe facile ead. renuntiabit quod, alias præſertim doloſa præſumi poſſit interceſſio Secundum quæ exiſtimo ſententiam communem quam ſequitur Treutl. à mente ICtorum, & Iuſtin. imo ipſius SCti eſſe alienam, ut quavis extrajudiciali renuntiatione mulier excludatur: aliud enim ſtatuam in renuntiatione judiciali, propter autoritatem & actorum & ipſius magiſtratus, quæ eludi non debet. Et hæc eſt ſententia *Caſtr. in l. ult. §. pen h. t.* in quam magis inclinat ibid. Salic. ubi plures ex veteribus allegat, licet communem fateatur in contrarium. Sed objicitur pro Treut. textus *in l. ult. §. pen. h. t.* qua probatur mulierem cavere poſſe, ſe non uſuram exceptione SCti Reſponderi poteſt. 1. hoc factum intelligi debere apud prætorem, à quo poſt conjectionem cauſæ partes formula data ad judicem mittebantur: itaque in ſpecie *d. §. pen.* mulier cavere debet, ſcilicet apud prætorem in jure exceptione ſe non uſuram, & ſic ad judicem ſcil. pedaneum, ire: licet hic obſit, quod citra cautionem prætor facere poſſit, ut mulier efficacitet cõveniatur, detracta videlicet formulæ exceptione Velleiani, quoniam non niſi in bonæ fidei judicijs exceptiones in formula omiſſæ. & quidem de quibus apud prætorem actum non erat à judice pedaneo admittebantur Denique reſponderi poteſt, aliud eſſe an initio renuntiet mulier, an poſtea exceptionem jam ſibi quæſitam libere remittat: à quo non multum diverſus Hottomannus *in leg. duodecima, Cod. hoc titul.* aliud eſſe renuntiare, aliud ultro judicium ſuſcipere, cum etiã pro debitore reſolvere poſſit *leg. nona. in princip. Cod. hoc tit.* quo pertinet quod Anton. Fabr. ſcribit *in l. 54. d. procurat.* poſſe mulierem remittere exceptionem quæſitam, ſed non poſſe renuntiare competituræ: licet hic quoque moveat, quod ipſo puncto interceſſionis mulieri exceptio competere incipit, & videndum ne non ita eludatur SCtum, quippe quod mulier æque poſt interceſſionem, ab initio, ut renuntiet perſuaderi poteſt. Tandem reſponderi poteſt *ad d. l. ultim.* quod ibi creditor voluerit convenire priſtinum vel principalem debitorem mulier autem ultro ſe obtulerit ad judicem accipiendum: quo facto cum creditorem à debitore ſuo averterit, & ut hic liberaretur (quoniam jure veteri unius electione alter liberabatur) effecerit, merito ei ſuccurrenti non debet, ne creditor decipiatur, qui niſi mulier ſe obtuliſſet, contra alium actionem inſti-

tuiſſet

Digitized by Google

tuiſſet. Et tamen hic quoque ipſo jure exceptionem competere apparet, cum cautione opus ſit, cujus vigore vel metu mulier exceptione non utatur. Cætera quæ à Domino Gothofred. *ad d.l. ultim. h. tit.* afferuntur, facile removentur, & in primis *l.21. Cod. h. tit.* ſiquidem remiſſio pignorum nec interceſſio eſt nec renuntiatio. Porro argumentum petitum *ex l. 22. Cod. h. tit.* refutabimus ad *theſ. ſeq. lit. A.*

THESIS V.

Lit. A.

Si renunciationi ritè facta] His verbis in exegeſi ſubjicit ita, *juxta formam l. 23 & 22. Cod. h. tit.* Atquin *in d.l. 23.* nullo modo agitur de forma renunciationis, ſed de fôrma interceſſionis, neque verum eſt quod *in l. 22. Cod. eod.* mulier Velleiano renuntiaſſe intelligatur, quod alias ex quacunque iteratione idem præſumi debeat: neque ratio eſt ob quam in ea ſpecie mulier à Velleiano excludatur, quod ei videatur renuntiaſſe, ſed, ut verba habent, quod ex ejuſmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione ſe illigare, ſed pro ſua cauſa aliquid agere videatur: & quod ibi in ſpecie de muliere poſt biennium interceſſionem iterato ſtatutum eſt, temere extendi non debet.

Lit. B.

Tractatur hic de renunciatione jurata, quam magis putat Treut. non valere ſi non præceſſerit certioratio, ſubjecta hac ratione, quod renunciationes ſtricti juris ſint, neque præter nominatim expreſſa quicquam in iis veniat. Quæ ratio non videtur concludere, quoniam non certiorationi, ſed SCto Velleiano, & quidem nominatim & expreſſe renuntiatur. Et alia igitur ratio quærenda fuerit, quod mulier non cenſeatur renuntiare iis beneficiis, quæ ſibi competere ignoravit, & adeo de quibus non cogitavit arg. ejus quod de tranſactione reſponſum eſt *in l. 5. de tranſact.* Verum hæc quoque ratio hic claudicat & tantum in renunciatione generali, ſed nulla eſt in ſpeciali, de qua hic agere Treut. ubi videlicet mulier renuntiat Velleiano, apparet *ex theſ. præced.* neque vero dici poteſt mulier aut ignoraſſe aut non cogitaſſe de eo cui renuntiavit expreſſè ſiquidem renunciatio ejuſmodi implicat beneficii ſcientiam: ut proinde ſimpliciter ſtatui poſſit, quibuſcunque caſibus renunciatio ſpecialis valet iis valere etiam citra certiorationem, ſi modo renunciatione ſumma remedii ſit expreſſa, quòd alias mulier Velleiano, ejus contenta ignorando non rectè renuntiet: ideoque aliud certiorati quod ſit, aliud quid ſit Velleianum: qua de re vide quæ à Dd. in caſu non diſſimili de certiorando minore traduntur *in authen. ſacramenta puberum Cod ſi adverſus vendit. Iaſ. colum.* 13. Bart. *num. 16.* Salicet. *num. vigeſimo.* Sichard. *n.* 22. Maurit. *de reſtitut. cap.* 113 Gomeſ. *libr. 2. var. reſolut cap. 14. num.* 18. illud in dubium vocari poſſit, an renunciatio, quæ non valere præſupponitur ex ratione juris civilis, juramento confirmetur *argum. l. non dubium C. d. LL. & l. 7. §. 13. d. pact.* & quod videatur eſſe lex prohibitiva ne mulieres pro ullo intercedant *l. 1. h. tit.* neque juramentum omnino excludere videatur præſumtionem levitatis, & quod traditur in *l. 1. Cod. ſi adverſ. vend.* temere ad alios caſus non ſit extendendum, cum præſertim ex veriori ſententia ad contractus jure validos illa conſtitutio pertineat.

Lit. C.

Etſi enormiter læſa ſit.] Non ſatis intelligo cujuſmodi ſit ampliatio, quia cujusque interceſſionis & fidejuſſionis hoc proprium eſt, ut non quidem in præſenti ſed in futurum læſionem ſecum trahat, quod periculum quemcunque interceſſorem ſubire oportet. Quod ſi ponas caſum ſingularem, quo cum debitor tempore interceſſionis non erat ſolvendo; mulier intercedere perſuaſa ſit, non obſtante juramento mulieri per exceptionem doli ſuccurrendum erit, quoniam cum & ex ratione juris & ex communi interpretum ſententia, de qua atteſtatur Daniel Moller. *ad conſtit. Elector auguſti p. 2. tit.* 35. in omni actu dolus acceptus cenſeatur, juſtam cauſam actum etiam juratum revocandi præbet etiam Jure Can. quod tres illi comites deſint, ex quo *in cap. quamvis. d pact. in 6.* diſerte excipitur vis & dolus, & interpretes quod *in auth. ſacramenta C. ſi adverſ. vend.* de metu proponitur, etiam extendunt ad dolum. Cæteroquin extra caſum doli ex propoſito, licet Decius *conſil.* 180 *n* 6. & plures quos allegat, etiam majori jurato enormiter læſo ſuccurri velint: attamen communior ſententia in quo erat etiam Treut. non niſi ob enormiſſimam læſionem reſtitutionem majori jurato concedit teſtibus Pinel. *ad L 2. Cod. de reſcind. vendit. part. 3. c. 1. n. 1. & ſeqq.* Fichard. *d. conſil.* 53. *n.* 8. & *conſil.* 133, *n.* 17. Mynſiug. 5. *obſerv.* 59 & *reſp.* 56. *num.* 13 Setzer. *l. c. d. iuram. cap. 11. num.* 14, *prolixe Iaſ. vol. 4, conſ.* 133. *& di-*

 ſtincte

ſtincte Covar. *in d. c. quamvis par* 3. §. *ult. num* 7. Cacheran. *deciſ. Pedemont*: 41. qui etiam docent enormiſſimam læſionem eſſe quæ longe excedit dimidiam, de quo itidem Covarr. 2. *var reſol. cap.* 5. Etenim ſi ſola enormis læſio ſufficeret, & quod decius putat, effectum veri doli haberet, nec opus fuiſſet remedio *l.* 2. *Cod. de reſcind. vend.* & juramentum nihil plane ſpeciale operaretur.

LIT. D. & E.

Ait non aliter propter creditoris ignorantiam beneficium hoc mulieri adimi, quam ſi alicuius fraudis ſit conſcia. Ubi contradicere ſibi videtur *th.* 2, *lit. A.* ubi ſub hac conditione ſuccurri mulieri ait, ſi creditor eam pro alio intercedere ſciverit, pro qua ſententia facit *l.* 4. *in pr. l.* 11. & 12. *h. tit.* Rectius diſtinguitur ex *l.* 17. *in fi. pr. h. t.* an mulier ab initio pro alio contrahat & ſe ream conſtituat, an vero alienam obligationem in ſe ſuſcipiat: illo caſu omnino puto ſecutum creditorem futurum quod alias nemo cum mulieribus contraheret: hoc caſu difficilius ſuccurreretur creditori, quia non facile poteſt ignorare eam interceſſiſſe. Eſtque huius rei ratio manifeſta, quod mulier libere contrahere poteſt, ideoque hoc caſu curioſiorem oportet eſſe creditorem ad inſtar aliorum caſuum quos poſt Dd. recenſet Cuiac. *in l. ult. d. exercit. act.* cum quib. bene conveniunt *l.* 4. & 11. *h. tit.* quæ tractant de muliere pro alio pecuniam accipiente.

THESIS VI.

LIT. A.

Satis hic frivola proponitur conventionis ratio, quod conjunctim tractetur jus civile & prætorium: quia hoc quam plurimis aliis materiis & titulis eſt commune. Neque generale, quod ead. lit. A. ſubiicitur, quod detur actio adverſus eos pro quibus mulier negotium geſſit, ex æquitate prætoria; ſed tamen ſpeciale, ubi mulier novam obligationem ſuſcipit: quia ubi veterem participat ipſa ſola defenditur, ubi in ſe trãsfert, in veterem creditorem actio reſtituitur.

LIT. B.

Etſi debitor prius.] Hoc non ſatis bene cohæret cum eo, quod de perpetuitate actionum præcedit: male adducitur *l.* 8. §. *h. t.* in cujus ſpecie non datur actio reſtitutoria.

Perpetuo competunt.] Videri poſſit actiones eſſe temporales, quod licet rei perſecutionem contineant, tamen contra jus civile dari videtur, cujus generis actiones perpetuas non eſſe docet *l.* 35. *in fi. pr. d. O. & A.* Sed dici poteſt eas non ita eſſe contra jus civile, ſicut alias, quæ contra rationem civilis juris actum eo jure firmum reſcindunt: quoniam cum ipſa juris civilis autoritate mulier obligatione eximatur, ratio expoſcit, ut ea qualitate contra alterum actio detur, qua contra ipſam mulierem data fuiſſet. Deinde dici poteſt, actiones iſtas non hoc ſenſu prætorias eſſe, tanquã eas prætor ut novi juris auctor, ſed tanquam ſubſequens voluntatem & autoritatem SCti introduxiſſet.

Excipe tamen cauſam.] Referendum hoc eſt ad remotius, quod dixerat reſtitui actionem in priſtinum debitorem: etenim in ſpecie *l.* 8. §. 8. *h. t.* non reſtituitur actio, ſed datur condictio cauſa data, quæ ſcilicet competit, ubi ita accepto latum fuit, ut ex promiſſo daretur *l.* 4. *d. condict. cauſ. dat.* nihil autem intereſt, an plane non detur expromiſſor, an detur non idoneus, ut in *d. l.* 8. §. 8. *diſputat ICtus.*

LIT. D.

Cum ſimilis ſubeſſet ratio] Quam hic adſtruere conatur convenientiam actionis inſtitoriæ, de qua diſput. præced. theſ. 7. cum actione inſtitoria de qua hic agitur, nimis longè petita, imo licet eam probet Cujac. 16. *obſerv.* 27. nullius momenti eſt, alias hoc modo etiam nigrum cum albo liceat comparare.

Tandem & hoc.] Quod hic proponit jam re ipſa dixerat lit. B. utilem actionem competere, etiamſi conditio, ſub qua mulier interceſſit, adhuc pendeat. Illud dubitationem recipit, an recte in theſi utilis actio opponatur novæ: quoniam cum hæc & ipſa quodam modo, præter rationem iuris civilis detur, ipſa quoque utilis videtur appellari poſſe, veluti actio quæ maioribus v. c. per abſentiam læſis datur, licet nova ſit, utilis tamen appellatur.

Ubi recte legitur.) Ait *in l.* 24. §. *fin. h. tit.* recte legi, *quamvis ſtatim*, per particulam prolepticam, quæ oſtendat in verbis præcedentibus non contineri intervallum. Quod obſcure dicitur, ſed ex Accurſio adſcriptum eſt, qui ibid. ad verbum, *quamvis* ita notat: *quia dixit poſt reſtitutionem, videbeatur eſſe intervallum. & hoc adverſatur quamvis*: quorum verborum hic ſenſus eſt, quod quia dictum erat, tempora numerari poſt reſtitutionem, videbatur diverſum eſſe tempus reſtitutoriæ actionis & factæ interceſſionis hoc quaſi ut corrigeret & removeret ICtus,

ſub.

Digitized by Google

ſubiicit particulam *quamvis*, ut ſignificaret nullum eſſe intervallum, ſed idem eſſe tempus, quo intercesſit mulier & reſtitutoria actio competit.

THESIS VII.

LIT. B.

Ratio compenſationis initio exegeſis propoſita, *qua dolo facit, &c.* non ſatis adæquata eſt, poſtquam conſtitutione Juſtin. in rebus plane diverſis, & quæ ex diverſis cauſis, debentur, compenſationi locus eſt.

LIT. B.

Definitur compenſatio in exegeſi, quod ſit imminutio æris alieni uſque ad concurrentem ſummam, ita ut compenſationi ita definitæ accommodetur conſtitutio Juſtin. *in l.ult.Cod.de compenſat.* Non ſatis bene, quia cum *in d. l.ult.* etiam ad actiones in rem, quibus non ſumma, ſed ſpecies petitur, compenſatio protrahatur, & Treut. lit. C. ſententiam Dd. improbet, qui conſtitutioni *d. l.ult.* eo demum caſu quo pervenitur ad æſtimationem, faciunt locum, fieri non poteſt, ut revera per debitum aliquod imminuatur corpus, aut ut dominus rei, eo quod poſſeſſori debet, rem ſuam petere prohibeatur: cum etiam iſti imminutioni obſtet, quod ſpecies & corpora ſunt inæſtimata, eorumque incertus valor, adeoque per rerum naturam fieri non poſſit, ut uſque ad concurrentem quantitatem per compenſationem hic imminutio introducatur de quo paulo poſt plura.

LIT. C.

Olim in bonæ fidei tantum.] Ita res ſe habuiſſe videtur, ut quantitatibus utrinque debitis ita fieret compenſatio, ut qui ſummam integrã peteret plus petere intelligeretur, quippe cum ipſa lex ſummam imminueret, *arg. l.4. l.10. in pr. & §.1. l.11. & l.21. d. compenſat.* vel utique ſi res liquida non eſſet compenſatio etiam non inſerta formulæ apud judicem proponi poſſet. In ſtrictis judiciis, cum olim reconventione eſſet opus, Imperatoris Marci conſtitutione effectum eſt, ut etiam in his compenſatio induceretur, oppoſita doli exceptione *§. in bonæ 30. Inſtit. d. action.* id eſt, ſecundum rationem juris veteris, ut formulæ exceptio inſereretur, quod perpetuum jure veteri erat, ut exceptiones formulæ non adiectas, judex in ſtrictis iudiciis admittere non poſſet: eaque ſignificatio eſt in uſu iuris iſtius phraſeos, *exceptione alicui ſuccurri*: quod quibus caſibus, veluti in bonæ fidei iudiciis, exceptionem formulæ addi neceſſe non erat, officio iudicis ſuccurri, nec exceptionem deſiderari dicebatur *l.38. & ult. de petit. here* iuxta notata ſup. *diſt.14. th. lit. A.* Quibus conſequens eſt non recte ſimpliciter affirmari à Tr. quod olim in bonæ fidei iudiciis obtinebat adſtricti iuris iudiciis reſcripto Imperat. Marci productum fuiſſe.

Et ad actiones in rem.] Ait Tr. quod hodie ex conſtitutione Juſtin. etiam in actionib. in rem compenſationi ſit locus, & quod deductio reputatio & retentio fiant ipſo iure. Vbi 1. notandum quod verba, *ipſo jure* fieri compenſationem duplicem recipiant ſenſum: tum ut ipſo iure minus deberi intelligatur per textus paulo ante adductos & in ſpecie *per l.10. §.1. h.t.* (ex qua probatur ſolutum ut indebitum condici, quod vi compenſationis actio minuatur, & tollatur.) tum ut iudex compenſationis, utrumque ea apud prætorem allegata non fuerit, ex officio rationem habere poſſit. Atquin in actionibus in rem, nec prior ullo modo nec poſterior explicatio locum habere poteſt: quia cum officium iudicis hoc operetur, ut in minus quam petitum eſt, cõdemnatio fiat, utique in rei vindicatione rem petitam iudex adiudicare tenetur, & alias in partem tantum condemnato reo dominus rem communem cum poſſeſſore habere cogeretur. Cæterum quoniam verba *l.ult. C.h.t. & in d. §.30. Inſt. d. act.* ita ſe habent pro ut à Tr. proponuntur, de interpretatione & mente eius conſtitutionis videndum eſt. Et Dd. quidem vulgo *d. l. ultim.* ad eum caſum reſtringunt, quod ad æſtimationem ſpeciei, quæ regulariter illis actionibus petitur, pervenitur: quæ ſententia, quicquid etiam Tr. hac lit. C. in F. videatur, ſi compenſationis verbum proprie accipiatur, rationi omnino convenire videtur. Sed tamen obiici ei poteſt, 1. quod cum demum in iudicio inſtituto de ęſtimatione quęratur, cõpenſatio proprie dicta, ipſam actionem & ſummam debitam minuit: aut ſi compenſationis verbum huc referri poteſt, etiam iure veteri iſto caſu compenſationi locus fuit, 2. quod ita Juſtin. reſpondiſſet de caſu rariori, quod tamen ab ipſius mente omnino & videtur & eſt alienum. Tentari poſſit, cõpenſationis verbum *in d. l.ult.* improprie ſumi pro penſatione quadam & retentione, cui in omni actione locũ fecerit Juſtin. quod iure veteri ſecus fuiſſe, neque propter debitum ſpeciem aut corpus petitum

Digitized by Google

retineri potuiſſe exiſtimo non obſtantibus *lege 21.§.2.d inoffic teſtamento & lege 30.§.2. d petition hæreditatis.* quia illis locis agitur de debito ex cauſa hæreditaria ob pecunias ſolutas vel impenſas factas, cum præſertim etiam alias in petitione hæreditatis veniant debita pecuniaria. Sed huic quoque explicationi reſiſtunt verba Juſtinian. *d l.ultim. Cod. hoc titul. & in §.30 Inſtitut. de actionib.* quibus locis hoc ſe introduxiſſe ait. ut vigore compenſationis actiones ipſo jure minuantur. Et hoc tamen, utcunque ratione effectus accipiatur ut reſpectu condemnationis, quæ fiat in minus, ipſa actio minui videatur, quomodo in actione in rem extra caſum quo de æſtimatione tractatur, fieri poſſit, minime eſt expeditum: niſi quis putet hoc voluiſſe Juſtin. ut judex ex officio rem petitam æſtimet & ita compenſationem inducat. Quod ipſum tamen & novum eſt, & abſurdum videri poſſit, ut pro corpore quod petit æſtimationem accipere cogatur. Singularis huc referenda eſt opinio Cyn. *in l.9, Cod.h.t.* ubi ipſo jure compenſationem induci, ita accipit & explicat. quod directo reſpiciat obligationem creditoris, eamque afficiat, ut in quemcunque ea translata ſit, cum ſuo onere translata videatur; idque conſtitutione nova Juſtin. effectum eſſe putat. Videamus an ad huius rei explicationem aliquid conferre poſſit. *l. 5.d. impenſ. in res dotales*, ubi expenſæ neceſſariæ dicuntur ipſo jure minuere dotem, etiamſi fundus ſit, hoc effectu ut in totum vel pro parte deſinat eſſe totalis, & in detentione maritus maneat, uſque dum impenſarum nomine ipſi ſit ſatisfactum. Eodem modo minui dicentur actiones in rem, ita ut ſi v. c. poſſeſſori fundi alieni tantum debeatur à domino, quanti fundus eſt, quaſi deberi deſinere intelligatur, & actio deneganda ſit, ut tamen ſoluta pecunia quę poſſeſſori debetur fundum quaſi luere domino permittatur. Illud à Treut. hic peccatum, tum quod ambigue aut utique inexplicate utitur verbis, *ipſo iure*: tum quod confuſim de compenſatione ex jure veteri & nouo diſputare videtur: ſiquidem ei quod hic tradit, in actionibus in rem etiam extra caſum quo de æſtimatione tractatur ipſo jure compenſationem fieri, convenire non poteſt, cum eo quod ait hac ipſa th. lit. B. compenſationem eſſe debiti ipſius imminutionem, & theſ. ſeq. in princip. compenſari invicem res fungibiles: quo etiam reſpiciens *diſp. prac. th, 4 lit. E.* quantitatis tantum cum quantitate compenſationem eſſe dixit.

LIT. D.

Ait à Juſtin. introductum non eſſe, ne in depoſito locum habeat compenſatio. Verum hoc ex ſe perſpicuum eſt, neque ullus hoc ſtatuit Dd. quippe qui tantum in quantitatibus admittunt compenſationem: & ipſa ratio oſtendit iniquum eſſe, prætextu debiti non reſtitui depoſitum. Sed hoc ſcilicet novum eſt, quod omnibus omnino actionibus, quibus jure veteri non poterat, compenſationem objici voluit Juſtin. & adeo quod hodie actio depoſiti exceptio eſt.

LIT. F. & G.

Negat ſe excipere actionem rei uxoriæ & commodati, adeoque in utraque compenſationi locum facit. Verum quod ad illam, Treut. obſtat *l.un. §.taceat. 5. C.d. rei uxor. action.* ubi Iuſtin. prohibet actioni iſti objici exceptionem ob mores, res donatas, amotas, liberos & impenſas. Licet enim ibid. Iuſtin. verbo retentionis utatur, apparet tamen hoc eum velle. ut dos ſtatim integra reſtituatur, & maritus, quod ſibi ab uxore deberi prætendit propriis actionibus perſequatur: contra textus *in l. 5. d. impenſ in res dotal & in l. 15. §. 1. ſolut matrim.* & apparet in rebus à marito donatis vel ab uxore amotis compenſationi proprie dictæ poſſe eſſe locum: ut perſpicuum ſit jure veteri hac in re à Iuſtin. eſſe derogatum. Eſt plane à Iuſtiniani *in d. l.un.* vitioſa ratio, quam maritus proprias habeat actiones, ita enim omnis fere compenſatio tolleretur. Secundum hæc admiſſa una exceptione actionis pro dote, facilius etiam admittemus alteram in actione commodari: quod quidem nec contra mentem Iuſtin. eſſe putat Fornet. 2. *ſelect.* 14. & ratio ſuadet ne prætextu debiti, commodati, quod gratuitum eſt reſtitutio denegetur: quod & diſerte traditur *in l.ult. Cod. commodat.* quem locum fruſtra ſolicitat Cujac apud Paul. 2. ſent. 12.§. ubi quippe cum ita jure veteri obtinuiſſe liquidiſſimum ſit, de quo Forner d.loc & Hottoman. 1 reſponſ. amicabil. c.21. Cæterum conſtitutio Iuſtin. *in l.ult. C.h t. & in l. penult. C. depoſit.* cum ſit exorbitans, & abſurditatis quadã ſpecie laboret, quam exaggerat Hottoman. *in d.l. pen. C. depoſiti,* interpretatione juvanda potius & mollienda eſt, cum etiam vulgo tradatur per particulas taxativas, non excludi caſus in quibus eſt ead, ratio: quamvis hac ratione ex identitate ratio-

Digitized by Google

tionis etiam porrò in alijs actionibus idem tẽtati poſſit, & . um Iuſtin. SOLAM excipiat depoſiti actionem, de ſententia ejus vix dubitatio ſupereſſe poteſt, Illud non capio, quid pro Treut. facere poſſit *cit. l.* 18. *§. ult. commodati.*

THESIS VIII.

LIT A.

Res fungibiles.] Iam notavimus Tr. non ſatis ſibi hic conſtare. quod ſi compenſationi in quacunque actione locus eſt, non recte res fungibiles tantum invicem compenſari dicentur, & juxta ante explicata ex ſententia Iuſtin. ſuo quodam modo actiones compenſationem admittunt. quod ipſe Tr. animadvertit hac lit. dum ait jure noviſſimo introductum, ut retentio ſpeciei pro quantitate veniat nomine compenſationis: quamvis & hoc non conveniat cum eo quod ex eo conſtitutione Iuſtin. th. præced. lit. C. ipſo jure actiones minui tradidit: quoniam hoc ſimplici retentione fieri dici non poteſt, ut paulo ante diſputatum eſt.

LIT B.

Si quantitas debeatur tanquam ſpecies, veluti centum quæ in arca ſunt, cõpenſationi locũ eſſe negat. Contra quam ſententiam ita diſputari poteſt, quod per illam demonſtrationem non mutatur pecuniæ natura, nec ea quantitas eſſe deſinit, ſed tantum ratione quorũdam effectuum corporis & ſpecie vice fungitur: v. c. ſi teſtator adiecerit clauſulam, quod pecunias legatas velit præſtari annua bima trima die, hoc ad pecuniam legatam ſub demonſtratione iſta, non pertinebit *arg. lib.* 30. *d. legat.* 1. & ſi nummi ita legati una cum arca, vel quo alio caſu perierint, heres liberabitur: quomodo explicanda eſt *l.* 51. *d. legat.* 1 Sed tamen pro Tr. facit quod in *d. l* 51. corpora nummorum contineri, nec permutationem recipere dicuntur, ut proinde ſi hæres ipſos illos nummos præſtare tenetur, nec alias ſolvendo liberatur, ipſa corpora nummorum in obligatione eſſe oporteat: & cum alijs nummis peremtis liberetur hæres, ex eventu pendere videatur, an compenſationi locus eſſe poſſit, ſi agente legatario nummi adhuc extare proponantur. Et ergo tutius ſtatuemus, compenſationi non eſſe locum, propriè ſcilicet acceptæ: etenim compenſationis verbo accepto ſecundum conſtitutionem Iuſtin. aliud defendi poteſt.

LIT. C.

Et ſi non ſint materia eiuſdem.] Rationem reddit, quod non qualitatis ſed valoris ratio habeatur. Quod ſimpliciter verum non eſſe probatum eſt *diſputat.* 20. *theſ.* 12. ex quo etiam quodam modo hæc ſententia Tr. dubia reddi videtur, ſi de compenſatione propriè dicta loquamur, quia cum interſit creditoris, in hac potius ſpecie quam in alia accipere pecuniam, & ut d. diſp. 20. oſtenſum, ipſe valor & quantitas à qualitate & materia pendeat, non videtur hic ipſo jure debiti imminutio fieri poſſe, ſed juxta conſtitutionem Iuſtin. compenſatio facile admitti poteſt, ut judex ſcil. cognita cauſa æſtimet, quanti pluris ſit quod ex altera parte debetur: quomodo in quæſtione aliquantum diverſa Dd. pro diſſ. allegari tradunt *in l.* 3. *de reb. cred.* quod ſi mutatio facta ſit in bonitate intrinſeca, pretium deteriorationis debitor ſuperaddere cogatur, cujus ſentẽtiæ improbandæ nulla idonea videtur ratio, cum præſertim ipſe Treut. *d. diſp.* 20. *theſ.* 12. mutatione facta bonitatis intrinſecæ ſpectandum eſſe dicat tempus contractus.

Genus tamen cum genere.] Negat genus cum genere compenſari, quod citati Accurſ. Gothofred. affirmant, ſed quid per genus intelligendum ſit non explicant. Solent alias Dd. generis verbo ſignificare res fungibiles: ſecundum quod compenſatione proprie accepta vera eſt Tr. ſententia, cæteroquin eo ſenſu falſa, quod compenſationi in omnibus actionibus etiam realibus locus eſſe ſtatuitur. Verum *Cyn. in l. ult. C. hoc tit.* aliter in hac quæſtione verbum generis accipi oſtendit, dum tradit, non compenſari genus cum alio genere, velut aſinum vel bovem cum homine, ſed in debito ejuſdem generis eſſe compenſationem, velut hominis cum homine: quam communem eſſe Dd. ſententiam refert Iaſ. *in §. in bona* 30. *Inſt. de action, num.* 70. ubi hanc reddit rationem, quod cum generis debitor præſtando mediocre liberetur, ubi utrinque genus debetur, idem utrinque deberi videatur, adeoque perinde ac quantitatum æqualium eſſe compenſationem. Ipſe tamen Iaſon quem Tr ſequitur, magis in contrariam ſententiam inclinat duabus rationibus, quarum prima eſt, quod cum obligatio generis omnia individua complectatur *l. Mævius* 66. *§.* 3. *de legat.* 2. non magis hic locus eſſe poſſit compenſationi, quam ubi invicem debentur ſpecies. Sed reſpõderi non incommode poteſt, hactenus contineri omnes ſpecies, & eo effectu, ut in quacunque ſpecie recte fiat ſolutio, cæteroquin in-

Digitized by Google

tet obligationem cettæ ſpeciei & genetis differentiam non eſſe, peſſime inde deducitut: quin hæc manifeſta eſt, quod in eertum eorpus & cettam ſpeciem eadit affectio, & differentia quæ in ſingulis individuis tatione & natutalium & adventitiarum qualitatum compenſationem plane excludit: quod ſecus eſt ubi hinc inde homo in genere, quemeunque præſtate voluerit debitor in obligatione eſt, quæ ipſa ratio compenſationem admitti ſuadet. Alterum Iaſon. argumentum eſt, quod cum compenſatio ſit quædam ſolutionis ſpecies, & quod ſolvi non poteſt: nec compenſati poſſit. ſi quis hominem in genere debens, Stichum ſolvetit, idem Stichus ab alio debitore creditori eidem ſolvi non poteſt *d.l.66.§.3.d.legat.*2.ubi dicitur ſervum qui ſemel legatarij creditoris eſt, licet poſtea ab eo ſit alienatus, ei tamen, ex cauſa ſcil. præcedenti, ſolvi nõ poſſe. Sed & hic teſpondeo, & admitti poſſe puto, non eandem plane hic eſſe rationem compenſationis, quæ eſt in rebus fungibilibus, ſiquidem ſi ſpecies conſideremus V.C. ſetvorum, omnimoda æqualitas vix duorum ſetvorũ dari poteſt: attamen proportione quadam compenſatio admitti poteſt, dum ſcil. conſideramus non ſpecies ſervorum qui ſolvũtur, neq; teſpicimus caſum ſolutionis factæ, ſed (in quo conſiſtit argumenti ſolutio) dum conſideramus terminos obligationis generalis adhuc conſiſtentis, eatenus urtinque æqualis quatenus hinc inde mediæ qualitatis homo debetur, ita ut cum ignoretur cuius generis homo ab alterutra parte præſtetur, ſine injuria alterutrius compenſatio inducatur. Porro argumentum à ſolutione quæ naturalis rei præſtatio iſt, non ſemper procedit ad compenſationem, quæ ſolutio ficta eſt: & alias in ſola pecunia numerata compenſatio admittenda fuerit, quod in vino & frumenro ratione bonitatis & valoris magna eſt inæqualitas. Denique ſententia propoſita *ex l.66.§.3. de legat.* 2. improbata videtur Marcello *in l.72 §.4.d.ſolut.* ubi ex cauſa promiſſionis generalis etiam hominem qui tum ſtipulatoris erat, ſolvi rectè exiſtimat: de quo vide etiam Cujac. 14.*obſerv.* 10.*ubi* ineptè *d.l.72.* emendat & Anton. Fabt. 2. *coniect.*15. & quæ traduntur *infra p.2. diſput.29. theſ.3.lit.E.*

Lit. E.

Ait in theſ. etiam quod naturaliter debetur compenſari, & in exegeſi ſubijcit limitationem, *modo tale ſit quod exceptione peremtoria tolli non poſſe, ex l.14.hoc tit.* Verum hæc limitatio male accommodatur ad natutale debitum, vel quia hoc peti non poteſt, ut fruſtra de exceptione quæratur: vel quia ſi exceptio peremtoria obſtaret, debitum naturale non eſſet, deficiente quippe æquitate *arg.l.95.§.4. ad ſolution. Et l.14.h.tit.* non ad debitum naturale, ſed ad civile tantum pertinet, & in hoc compenſationi locum non eſſe oſtendit: quod cum compenſatio in æquitate fundetur, exceptio peremtoria vinculum æquitatis ſuſtulit *d.l.95.§.4.*

Lit. G.

Admittit hic compenſationem debiti illiquidi per modum exceptionis. Cui ſententiæ objici poteſt, vel quod compenſatio fieri dicitur ipſo jure, vel potius quod Iuſtin. *in l.ult.C h.tit.* tantum permittit compenſationem debiti liquidi, & ut eſt *in §.30.Inſtit. de act.* quæ certo jure nititur: & jam ſupra diximus, quod dicta cõſtitutio, de compenſatione quæ ipſo jure fiat, vix accipi poſſit: & ſi debitum illiquidum quod pars adverſa negat, objiciatur, novo judicio opus eſſe videtur, in quo diverſa ratio exceptionum quæ ex eadem cauſa deſcendunt, de quibus ut maxime ſint dubiæ, non niſi eodem judicio diſputari poteſt. Attamen pro Tr. facit, quod ſi diverſa debiti cauſa attendatur, nec in liquido debito admittenda ſit compenſatio: & ſicut igitur ubi liquidum debitum eſt, is effectus ſequitur, ut ipſo jure debitum & actio minuatur, etiamſi ex alia cauſa debitum ſit: ita liquidum hoc operari debet, ut minuatur per exceptionem. Et facit *L.8.h tit.* ubi ejus debiti ſuper quo lis conteſtata & id adeo dubium eſt, per modum exceptionis compenſatio admittitur. Recte etiam Treut. tempus liquidandi debiti arbitrio judicis permittit. Cui non obſtat *l.47.§.4.d.iur.fiſci*, quia ſpecialiter hoc ſtatutum eſt in fiſco, ut ad ſummum intra duos menſes debitum liquidetur: quod ad privatos non recte trahitur, quibus pro diverſitate circumſtantiarum vel latius vel anguſtius tempus pro liquidatione facienda concedendum eſſe ipſa ratio ſuadere videtur: vide de hoc ſatis prolixe Iaſon. in §. *in bona 30.Inſtit. d.action.n.27. & ſequent.*

THESIS IX.

Lit. A. & B.

Ait etiam ex cauſa delicti compenſationi locum eſſe ſi pecuniarie agatur, adducta ad hoc ſub *lit.B l.10.§.3.h.t.* ex qua probari ait, quod etiam criminaliter jure noſtro agatur furti neq; enim

Digitized by Google

enim probādameſſe emendationē Cujac. qui 14 *obſ.37. in d.§.* pro *idem eſt*, legit, *id eſt*. Quæ ita proponuntur, perinde ac ſi in prima ſpecie. *d.§.3. l.10.* & de furto criminaliter vindicando ageretur, cum tamen ibi expreſſe de pecuniaria perſecutione tractetur. Neque negat Cujac. aut quiſquam alius, furti criminaliter agi & olim potuiſſe, quod expreſſum eſt *l. ult. ad privat. delict. & in l. ult. de furt.* neque ſententia illa de criminali perſecutione repugnat emendationi Cujacij, & Cujac. eo tantum fine textum emendat, ut condictionem eam furti ex maleficio eſſe, & proinde in hæredes non dari confirmet. In quo ſane non obſcure labitur per notata ſupr. *diſp.22. theſ.12.* Et revera non neceſſaria, imo abſurda eſt illa emendatio: & utroque caſu ſive agatur in quadruplum ſive condictione furtiva, compenſatio habet locum. Porro rectius furtum vindicari vel furti criminaliter agi, quam ut Treutl. actione furti, criminaliter agi dicemus: cum & per ſe incommodius ſit actione agi, & in uſu juris actio furti pœnalem in quadruplum actionem deſignet.

LIT. C.

Propoſitioni jam dictæ, ex cauſa delicti ſi pecuniarie agatur compenſationi locum eſſe, hac lit. C. per illationem ſubjicit, etiam injurias verbales compenſari poſſe. Vitioſè: tum quia pecunia natura ſua res cōpenſabilis eſt, injuriæ non ſunt: tum quia relatio injuriæ non compenſatio, ſed potius eſt vindicta: tum denique quia compenſatio non eſt, niſi utrinque debitum ſit; ſed Tr quod ex allegatis apparet, hanc compenſationem injuriæ appellat, ubi quis alteri per retorſionem quaſi defendendi cauſa, quomodo & in th. loquitur injurias infert: atquin ita ſiquidem hoc accommodari poteſt, & debet, compenſati dicendæ eſſent injuriæ ubi ſuper invicem forte illatis injurijs uterque cupit experiri, quo caſu locum poteſt habere quod dicitur *in l. 39. ſolut. matr.* paria delicta tolli mutua compenſatione. Abſurde autem Tr. probationem ſententiæ ſuæ petit *ex l.3. de juſt. & jur.* & quia aliud eſt defendere, aliud compenſare, & quia juxta *d. l. 3.* etiam & multo magis injuriarum realium cōpenſatio admittenda eſſet, & deniq; quia ad vindicandas injurias actio jure parata & prodita eſt. Ita plane retorſio injuriæ poſſit dici defēſio, quatenus alter retorquēdo, honori famæque ſuæ tuendæ ſe quaſi purgat & ita injuriam in alterum, a quo provecta eſt derivat, quomodo conſiderat habet ſpeciem quandam propulſationis, illo ſcil. contrà rationem juris præſuppoſito quod per injurias alterius fama lædatur: quo reſpectu citatus Gail. hanc retorſionis ſpeciem probat, ſi quis injuriantem mentiri dicat: illa vero ratio Dd. improbatur, ſi quis fur appellatus, illum viciſſim appellet furem, quia hæc nova injuria & recriminatio, qua etiam injuriati honos non purgatur. de quo inf. ſuo loco.

LIT. D.

Iam dictis conſequens eſt, falſam hanc alteram illationem eſſe in falſis inſtrumentis locum eſſe compenſationi. Et Treutl. inſuper aliter quæſtionem hac quam lit. præced. format: quoniam hæc tit. D. inſtrumenta utrinque producta proponit, ſed lit. C. non utrinq; illatas injurias, ſed ab una parte illatam proponit quæ per injuriam aliam defendendi cauſa compenſetur. Quod autem ad inſtrumenta falſa attinet compenſatio non aliter locum reperire poteſt, quam ſi de pecuniario intereſſe tractetur licet hoc ita non reſtringi à Tr. ex rationibus duabus ſubiectis appareat. Prima eſt quod textus loquantur generaliter. Verum reſpondeo loqui generaliter, ſed de obiecto compenſationis, quod non ſunt delicta, niſi quatenus aut ex ijs pecuniarie agitur, vel quatenus utrinq; ſunt paria, & hactenus compenſatione tolluntur, ne neutri actio detur, idque ubi de ſolo intereſſe partium, tractatur, & amplius ut verbum compenſationis paulò latius & aliquantulum abuſive, nec ſatis accommodate ad hunc tractatum uſurpetur. Altera ratio eſt quod crimen falſi non ſit capitale. Quæ ratio ſi vere loqui volumus, omnino inepta iſt: vel quia quoad perſecutionē criminalem falſi nulli compenſationi locus eſt, vel quia juris tranſigendi, de quo agitur in citat. *l.18. Cod. d. tranſact.* nulla cum jure compenſandi affinitas, aut ſi qua eſſet, facilius in criminalibus non capitalibus tranſactio eſſet admittenda: apparet utique peſſime ita concludi. non eſt crimē capitale, ergo compenſari poteſt: quin imo cum in hoc genere criminum tranſactionem ita improbent leges, ut tranſigentem falſi teneri velint, nec compenſationi locus erit: abſurdum plane fuerit in crimine ſtupri, peculatu: & in pleriſque delictis locum facere compenſationi.

LIT. E.

Tandem & in fiſci debitis.] Rectius dixiſſet in de-

bitis-

Digitized by Google

bitis à fiſco; etenim quin fiſcus compenſationem objicere queat, nulla dubitandi ratio eſt, ſed dubitari poterit, an recte objiceretur fiſco.

THESIS X.

LIT. A. B. C.

Proponit hic compenſare poſſe quemvis non prohibitum. Fortaſſis parum ſubtiliter, quia hic non agitur de aliquo facto velut teſtandi aut teſtimonij perhibendi, ſed ipſum jus compenſationem inducit: eoque ſimpliciter dicendum, ubi utrinque debitum aut mutuæ ſunt actiones, compenſationi locum eſſe: ut proinde revera nulla ſit extenſio lit. C. de vaſallo & domino. utpote inter quos mutuas actiones & obligationes eſſe poſſe nemo dubitat. Porro tutor compẽſare poteſt & nomine pupilli quod ab alio debetur: & adverſus pupillum nomine proprio quod ſibi debetur in caſu intentatæ actionis tutelæ. De procuratore in rem ſuam res non adeo expedita eſt, & *l.* 18. caſum unicum tantum litis conteſtatæ admittere videtur, cui tamen gloſſ. *ex l.* 3. *Cod. de novat.* adjicit duos, ſi denuntiaverit procurator in rem ſuam debitori, & ſi partem debiti acceperit: quos cum admittat ipſe Tr. non erat quod omnimodo improbaret. ſententiam Cujac. qui etiam ante litem conteſtatam compenſationem admittit: quoniam qui partem accipit, & maxime qui denuntiat tantum, utique litem non conteſtatur. Et dicendum foret vel duos iſtos caſus poſtea receptos, vel à ICto principalem & præcipuum caſum propoſitum fuiſſe, quæ eſt ſententia Caſtrenſ. *in d. l.* 18. *h. tit.* ubi putat ſubaudiendum verbum *maximo*; alterum enim illud quod etiam Caſtrenſ. proponit, quæ ipſiſſima Cujacij ſententia eſt, proponi *in dict. l.* 8. caſum difficiliorem, quod lite conteſtata poſſit objici exceptio litis pendentis, ut notat idem Caſtrenſ. *in leg. in compenſatione hoc titul.* illud inquam minus probo, neque dubito quin ICtus proponere voluerit eum caſum, quo maxime confirmatur jus procuratoris in rem ſuam. Etenim licet hic ſuo quoque nomine utiles habeat actiones, ita ut præferatur domino *l.* 55. *de procurat.* attamen negari non poteſt, quin penes dominum maneant directæ actiones, quibus non occurrente procuratore in rem ſuam, neque jus ſuum ſibi aſſerente efficaciter experiri, & ſolutionem quoque accipere poſſit: quæ ratio ſcilicet eſt *ad dict. leg.* 18 *hoc tit.* quia per litis conteſtationem fortiſſime, & pleniſſime excluditur jus domini: ut tamen propterea alij modi non excludantur, veluti denunciatio, qua facta debitor contra dominum directis actionibus utẽtem ſe defendere poteſt. Secundũ quod etiam procurator in rem ſuam ipſe conventus jure compenſatione utetur, ſiquidẽ ipſa allegatione ceſſionis ſibi factæ, ſatis denuntiare intelligitur: cum præſertim procuratori in rem ſuam plus concedendum videatur, quam ei de quo agitur *in d. l.* 3. *Cod. de novat.* cui ſaltem exactionis cauſa mandatæ ſunt actiones ut creditor quod exigit ipſe ſibi ſolvat, & debito imputet quomodo recte illum locum accipit & explicat Ant. Fabr. *lib.* 12. *conject. c.* 6. Quod ad bannitum attinet de quo d. liter. C. comparatio ejus cum excommunicato *ex cap. intelleximus, de iudiciis,* cum excommunicatio pœna ſit ſpiritualis animam concernens non recte ſe habere videtur, niſi hactenus, quod neuter in perſona litigare poſſit, & amplius ut ponatur ſingularis ſpecies banniti, cui videlicet bona relicta ſunt, ut ita ejus nomine procurator vel defenſor intervenire & compenſare poſſit: cæteroquin bannitis regulariter ſicut & deportatis bona adimuntur, ita ut obligationes quoq; pereant & in fiſcum transferantur *l.* 47. *in princ. de fideiuſſ.*

LIT. D.

Affirmatur hic ceſſionario compenſationem objici poſſe ejus nomine quod ipſe cedens debet. Quæ ſententia dubia videtur, vel quod ita iniqua inferatur conditio ceſſionario qui nihil cum debitore cedentis egit, vel potius ratione qua *in l.* 9 *C. h. t.* Cyn. licet cum Treut. ſentiens utitur, deſumta *ex l.* 33. *§. ult. de procurat. iuncta l.* 34. *eod.* per quam diſtinguunt Dd. inter procuratorem in rem ſuam factum ex cauſa oneroſa vel lucrativa, ut hic demum non autem ille dominum defendere teneatur, compenſatio autem ſpecies quædam petitionis & reconventionis eſt, & ſiquidem à ceſſionario debitor petere nequit, nec compenſationem ipſi objicere poſſe videtur. Diſtinguendum videatur an ceſſionarius experiatur actione utili nomine proprio, an directa procuratorio cedẽtis nomine, ut hoc demum caſu ex perſona iſtius compenſatio objici poſſit, juxta tradita ab Anton. Fabr. *lib.* 12. *conjectur. c.* 9. 10. neq; enim quicquam eſſe videtur, quod proprio nomine agenti ceſſionario compenſari poſſit. Verum in caſu illo ubi ex perſona cedentis agitur, ubi agens ſimplicis procuratoris habet rationẽ, quin ex perſona cedentis com-

Digitized by Google

compenſatio rectè objiciatur, nec dubitari quidem poteſt: & vero fatuus eſſet ceſſionarius, ſi actionem directam moveret: & licet proprio nomine utili actione experiri dicatur, aliunde tamen jus ſuum habet & actio illa utilis non ex conventione, ſed ex conſtitutionibus principum deſcendit. Cyn. poſt Petrum *in l. 9. C. h. t.* diſtinguit inter jus novum & vetus. hic putat conceſſionario compenſari poſſe, quod ſcilicet *ex l. ult. C. h. t.* compenſatio, ut ipſe loquitur directo reſpiciat obligationem creditoris, & efficiatur ut obligatio tranſeat cũ onere ſuo. Verum hæc ſententia & obſcura, & magis eſt ut falſa ſit, & cum nihil hic mutatum reperiatur jus vetus ſalvum erit: & ut jam dictum eſt, utilis actio. qua agenti an compenſatio opponi poſſit, quæritur, ex lege non ex obligatione eſt. Porrò Cynus & Salicet *in l. 9. C. hoc tit.* aliam ex Dino pro Treutl. ſententia afferunt rationem, quod compenſatio quæ etiam fidejuſſori datur *l. 5. h. t.* ſi exceptio in rem *argument l. 7. §. 1. de exception* Sed rectè ipſe Cyn reſpondet, quod etiã quædam exceptio perſonalis competat fidejuſſori, & fidejuſſor ideo compenſet nomine debitoris, quod ipſe non minus ipſius nomine, conveniri videatur, ſicut & fidejuſſore convento ex ratione juris veteris ipſe reus liberatur. Fruſtra autem huc affertur, quod compenſatio ipſo jure debitum minuere dicitur, & inhibere curſum uſurarum, & facere ut plus petatur *l. 10. §. 1. h. tit. l. 3. & 4. C. eod l eius C. de ſolution. Paul 2. ſentent. 5.* Etenim his admiſſis fruſtranea fuerit hæc quæſtio, ſi actionem ante ceſſionem factam ipſo jure minutam ſtatuamus. Sed nimirum iſta nec univerſalia, & cum mica ſalis accipienda ſunt, ubi rebus in eod. ſtatu manentibus, debitoribus item utrinque ſcientibus & fatentibus, quantitates liquidæ invicẽ debentur: alias nulla plane eſſet ceſſio, & multa juris loca velut *in l. 5. h. tit. in l. 3. §. 4. de negot. geſt.* & alibi everterentur. Addit autem ſententiæ ſuæ Treutler. duas limitationes, ſi debitum contractum ſi poſt ceſſionem, & ſi debitor ceſſionem probavit, & ceſſionario ſolvere promiſit: quarum prior, licet tradatur a Baldo *in l. 8. h. t.* exiguam, poſterior nullam dubitandi rationem habet. Illud non magnopere pro Treutl. movere debet, quod alias inferretur iniqua conditio debitori, ſi ob mutuam conditionem creditoris compenſatio ipſi negetur: etenim reſponderi poteſt, quod admiſſa altera ſententia inferatur iniqua conditio ceſſionario, & quod nulla hic iniquitas, cum parata ipſi ſit contra debitorem ſuum actio, & cum ceſſio jure licita ſit, nulla injuria debitori inferri cenſenda eſt.

LIT. E. & F.

Hæc verba in theſ. habentur: *& ſi compenſatio hodie ipſo jure fieri intelligatur, tamen verum eſt, factum hominis idcirco non excludi.* Equidem Cynus, verba *ipſo iure, in l. 9. C. h. tit.* ita explicat, ac ſi aliquid novi Iuſtin. quoad hoc introduxiſſet. Verum neque Treutl. hanc opinionem Cyni ſequitur, neque ea vera eſt, & proinde male hic a Treutl. appoſita vox *hodie*, quippe quod etiam veteri, & eo magis compenſatio ipſo jure fiebat: quin poſtquam in omnibus actionibus realibus compenſatio locum habet, vix eſt, ut niſi hac phraſi, *ipſo iure*, impropriè vel ſingulari plane modo accepta, cõpenſatio amplius ipſo jure fieri videatur. Quod autẽ attinet ad factum hominis, quod Treutl. excludi negat, malè improbat ſententiam Martini, quæ refertur à Cyn *in l. 4 C. h. tit.* quod allegata compenſatione, ipſo iure tollatur obligatio, & retro effectus compenſationis inducatur, ſicut & ſolutionem, per quã ipſo jure tollitur obligatio, allegare oportet: quod factũ nudum allegationis ſi intelligit Tr. teſte Cyn, iniuriam Martino facit, qui tam ineptus non fuit, ut eiuſmodi allegatione opus eſſe negaret. Et tamen allegationi iſti effectus iſte tollendæ obligationis tribuendus minime eſt, quoniam jus hic operatur, & allegatio ſaltem debitum fuiſſe probat & oſtendit: alias dicendum eſſet, quod etiam in ſolutione & omnibus aliis caſibus, quibus ipſo jure tollitur obligatio, facto hominis ſit opus.

THESIS XI.

LIT. A.

Negat eſſe periurum, qui iuratus ſolvere objicit compenſationem. Ergo hoc admiſerim eo caſu quo debitum poſtea contractum fuit: cæteroquin contrarium potius defenderim, ut aliud operetur iuramentum, quod ſuper vera ſolutione interpoſitum præſumi debet. Eoque ſtatuam contra Treutl. qui ſequitur Fachin. ſimpliciter affirmantem, & non obſcure hanc ipſam limitationem improbantem.

LIT. B. & C.

Quæ hic proponuntur de uſuris non currentibus & non committenda mora, tantum obtinent in compenſatione proprie ſumta: cæterum

Nnn co

Digitized by Google

eo ſenſu quo in omnibus actionibus compenſatio locum habere dicitur, vera eſſe non poſſunt.

LIT. D.

Ait hic Tr. ſi dominus aliquid debeat emphyteutæ quod compenſari poſſit, emphyteutam non ſolventem canonem, non incidere in pœnā caducitatis. Quæ ſententia ex eo dubia fit, quod canon ſolvitur in recognitionem dominij, & ideo non facta ſolutione emphyteuſis cadit in commiſſum, quod emphyteuta intervertere domino proprietatem voluiſſe creditur: quod faciendi admiſſa Treutl. ſententia ipſi præbetur occaſio: quoniam poſtea & debitum & ſe emphyteutam eſſe negare poſſit: neque ita compenſatio debitum minuit, ut aperte & quaſi viva voce debito atteſtetur & illud probet. Et igitur non niſi ſub hac limitatione admiſerim Treutl. ſententiam, ſi emphyteuta de cauſa non ſoluti canonis, quod ſcilicet dominus ipſi viciſſim debeat, fuerit proteſtatus. v. de hac quæſt. Iaſon. *l. 2. C. de iur. emphyt. quæſt. 19. coll. 11.* ubi ſententiā hic Treutl. propoſitam, quod emphyteuta agat de evitanda pœna magis probat. Sed nec ita ſatisfacit rationi noſtræ, & probo Spec. & alios ibi relatos, tum demum excuſari & audiri emphyteutam, ſi ante finitum triennium objecerit compenſationem: quod ad limitationem modo traditam prope accedit.

Illud univerſaliter.] Affirmat quod compenſatio poſſit opponi poſt ſententiam, etiam ſtante ſtatuto, quod ſolutio poſt ſententiam opponi non poſſit. Quæ ſententia ex eo mihi falſa videtur, quod cum compenſatio ſit ſolutio ficta, ejus major quam veræ ſolutionis ratio haberi nec debeat, nec poſſit.

THESIS VI.

Unica hac theſi proponitur quæſtio de patre qui dotem debet, & aliquid filiæ legat, an compenſaſſe videatur; ita enim formanda eſt quæſtio, non de patre qui dotem legavit: quo caſu nulla eſſet dubitandi ratio: niſi in th. poſt verbū *filia*, ponatur virgula. Et alias quæſtio hæc aliquanto impertinens, quia abuſive ſumitur, verbum compenſationis: ſed quod ad rem ipſam attinet, videamus an non contra Tr. defendi poſſit, quod in propoſita ſpecie & cauſa filia legatum iſtud præcipuum habere debeat. Equidē in caſu exhæredatæ vel præteritæ filiæ ita juris eſſe reſponſum eſt *in l. 4. de dot.* idem autē in filia inſtituta vel alias codicillis factis ab inteſtato ſucceſſura juris eſſe debere ſuadet hæc ratio, quod alias nihil plane commodi ex legato filia ſentiret, adeoq; cum certo jure dos conferenda ſit, ita in effectu contra rationem juris legatum conferretur. Et ideò ſtatuendū videtur, ꝙ legatum non cenſeatur cōpenſationis cauſa, niſi eam patris voluntatem fuiſſe ex conjecturis colligi queat. Et facit pro hac ſenten: *l. Titia 34. §. qui invita 5. de legat. 2.* ubi cum bis dotis nomine fideicommiſſum proponatur, à contrario ſenſu legatum ſimpliciter relictū præcipuum filia habere debebit. Neque obſtat huic ſententiæ jus novū, quo etiam in caſu teſtati collatio facienda eſt *auth. ex teſtamento C. de collat.* ſed titulo tamen particulari relicta non conferri conſtat. Magis obſtat *l. ſi cum dotem 22. §. 3. ſolut. matrim.* ad quā tamen triplex poteſt aſſignari diverſitatis & ſpecialitatis ratio 1. quod ibi dos debetur ipſi filiæ, at in ſpecie noſtra à Tr. propoſita recta debetur genero. 2. quod *in d. l. 22.* agitur de caſu quo pater ſine filia & ita non jure neq; legitime, cum actio ſit communis, exigit dotem, ut ita præſumi poſſit, ideo legaſſe, ut nomine dotis vitioſè exactæ filiæ ſatisfaceret. 3. *in d. l. 22.* quæritur de jure mariti, quomodo filiam uxorem ſuam dotem iterum petentem removeat, eoque ſimul in favorem mariti, ne bis idem petatur, receptum videtur, ſi legatum facilius compenſationis gratia factum dicatur. Attamen ſecundæ rationi obſtat, quod *in d.* § 3. poſt caſum dotis à patre ſolo ſine filia exactæ, generalis videtur ſubjici clauſula ex Iuliano, compenſandum eſſe filiæ in dotem, quod à patre datur. Neque deeſt differentiæ ratio ad ſupra citat. *l. 4. de dot. collatio.* inter filiam inſtitutam, & præteritam ſive exhæredatam, quod huic ideo legatum datum videtur, ne judicia defuncti ſive per querelam inofficioſi, ſive petita bonorum poſſeſſione contra tabb. inquietaret, ſiquidem legatum accipiens ab iſtis remedijs excluditur. Cæterum de varia lectione *d. l. 22. §. ſol. matrim.* videndi ſunt auctores à Tr. citati.

THESIS XIII.

Tractatur hic de reconventione, de qua Dd. communiter tractant *in l. 14. & auth. ſeq. C. de ſentent. & interlocut.* Ant. Fabr. *lib. 20 conject. c. 5. & ſeqq.* Ubi initio videndum eſt, an & quomodo jus vetus differat à jure novo, cum Iuſtin. *d. l. 14.* jus reconventionis à ſe auctum profiteatur. Et Sichard. quidem *in d. l. 14. nu. 10.* contra Accurſ. hanc ſolam differentiam proponit, quod jure

novo

Digitized by Google

novo etiam apud judicem non communem & ita actori incompetentem ex diverſa etiam cauſa reconventio inſtitui poſſit: jure autem veteri potuerit ſuper ead. tantum cauſa, & tamen etiam apud judicem non communem. Quod poſterius non puto eſſe verum, & magis puto, jure veteri mutuas petitiones, tanquã apud communem & utrinque competentem judicem inſtitui potuiſſe: quæ etiam communis ſententia eſt Dd. à Caſtrenſ. Salicet. & alijs *in d. l. 14. Cod. de ſententiis*, non obſtante *l. 21. §. 1. de iurisdiction. omn. iudic.* quia ibi revera judex competens eſt quoad perſonam, licet incompetens, ratione ſummæ petitæ. Et ergo ſtatuendum eſt, etiamſi judex actori incompetens, reconventioni tamen eſſe locum: quod & diſerte probat *d. l. 14.* ibi, *nulla ei oppenenda exceptione, quod non competens iudex agentis eſſe cognoſcatur*: ut proinde lapſus hic ſit Anton Fab. *20. conjectur. cap. 5. 6. & 7.* ubi abſurdum eſſe putat: reconventionis tolli exceptionem incompetentiæ jurisdictionis. Etenim hoc ſit autoritate legis, quæ hanc induxit quaſi tacitam prorogationem, ſive, ut Dd. appellant, legalem *argum. d. l. 14. in fin.* ibi, *cuius enim agendo, &c.* cum alias quoque omnis coram judice aliquo actionem inſtituẽs, quodammodo eius juriſdictioni ſubijciatur, *argum. l. nullum. 14. Cod. de fide inſtrum.* Et alias hodierno jure nullus fuerit effectus aut uſus reconventionis, cum nulli hodie ſint judices dati: & & facit pro hac ſententia *l. 2. § 5. & l. 22. de iudic.* ubi quis cogitur ſe defendere adverſus omnes, dum ipſe agit, & ita ſe dicitur ſubjicere juriſdictioni: neque illa loca commode ad illum caſum, quo quis alias ſubiectus privilegio tantum munitus eſt, reſtringi poſſunt. Quæ ita intelligo in judicibus quidem incompetentibus, ſed qui tamen unius principis vel reipublicæ communi imperio continentur.

LIT. B.

Etiam de debito liquido.] Non puto probandum, quod etiam in caſu debiti liquidi reconventionem admittit, Etenim ſi reus conventum debitum ultro fateatur, non poterit actorem reconvenire coram incompetenti judice: ſicut ipſe Treutl. theſ. ſeq. lit. B. non admittit reconventionem in caſu debiti confeſſi: tum quia hic ceſſat ratio introductæ reconventionis, quæ duplex colligitur *ex Nov. 96.* ut & lites expeditius decidantur, finianturque, & ut ne in diverſa judicia partes diſtrahantur, quæ utraque hic ceſſat, cum reo ſtatim debitum fatente, nullus ſit proceſſus, & ille adeo ſiquid habeat contra actorem, merito ad ejus judicem proprium & competentem ſit remittendus. Ratio autem à Tr. propoſita lit. E. ne continentia cauſæ dividatur, minime eſt adæquata, ſiquidem ut paulo ante dictum, & communiſſima habet ſententia etiam ex diverſa cauſa ubi nulla continentia eſt, reconventio locum habet, quod ipſe tradit Tr. theſ. ſeq. lit. D. Neque obſtabit ſæpe *d. l. 14. C. de ſent. & interloc. in fi.* ibi, *in eod. negotio*: vel quia ſubaudienda eſt vocula, *maxime*, ut ibid. notat gl. vel quia verbum, negotij ad ipſum judicium referendum eſt, ut & gloſſ. ibid. idem negotium videtur quod inter eaſdem partes coram eod. judice tractatur, vel quia Iuſtin. ratione Papinianus uſus eſt, ut ad *d. l. 14.* notat Salic. vel denique quia jus reconventionis per Nov. 96. latius eſt productum. Et poſſit hic iſtius juris quaſi ſtatui progreſſus, quod *in l. 14.* requirat adhuc Iuſtin, ut cauſa reconventionis connexionẽ habeat cum cauſa principali, ſive fuerit judex competens ſive non, cum ante Iuſtin. judicem communem eſſe oporteret: id poſtea Nov. 96. ita productum, ut nec incompetentia judicis, nec diverſitas negotij vel cauſæ reconventioni impedimento eſſet.

Eadem lit. B. præciſè negat in criminalibus reconventioni eſſe locum. Equidem hoc primũ ſtatuo oportere hic judicem eſſe communem & utrinq; competentem: quod ipſum ſtatuit Maranta, *pro diſſent. citatus à Tr. p. 4. diſt. 6. n. 51.* quod ſcilicet ut ipſe ait, hic agatur ex neceſſitate: quæ tamen ratio non concludere videtur, vel quia etiam in cauſa civili, contra contumacem debitorem ex neceſſitate agere intelligor, vel quia in quibuſdam criminalibus videlicet publicis judicijs ad quæ cuivis ex populo patet aditus, minus etiam ex neceſſitate agi videtur: ut proinde potius ratio à gravitate cauſæ & pœnæ deſumenda eſſe videatur. Secundo diſtinguendum eſt inter qualitatem criminis, quod conventus objicit accuſatori, & eſt vel par minuſve, vel majus & gravius. Hoc quivis accuſatus objicere poteſt, ita ut præjudicium fiat accuſationi priori, eaque ſuſpenſa prius expediatur quæſtio de crimine graviori, *l. 1. Cod de his qui accuſ. non poſſ.* ſive illud ſit connexum cum prius objecto crimine ſive etiam diverſum, ut notat Salicet. *in d. l. 1.* Et ergo hic non eſt proprie recõventio, quæ dicitur, ubi utraq; cauſa ſimul expeditur. In caſu objecti criminis paris vel minoris ſubdiſtingui-

Digitized by Google

tur: quod vel non concernit injuriam ejus qui illud objicit, (idem autem eſt, ſi concernat injuriam conjunctorum) & non admittitur, ſed conventus prius de crimine ſibi objecto reſpondere, & ſe purgare decet, *l. neganda 19. C. de his qui acc. non poſſ.* aut concernit injuriam ejus & aut auditus objicient, eoque caſu reconventioni proprie locus eſſe videtur, quia cum cauſæ ſive crimini pari vel minori non poſſit facere præjudicium, utrumque ſimul erit expediendum, *arg. d. l. 19.* Quibus conſequens eſt, accuſatum non poſſe movere & objicere cauſam civilem: vel quia quævis criminalis cauſa quæcunque civile maior eſt, vel propter inſignem harum cauſarum diverſitatem, quæ ſimultaneam tractationem non videtur admittere: quæ etiam ratio facit, ut ſi à civiliter convento intentetur actio criminalis, reconventioni non ſit locus: de qua re, quatenus & quomodo recriminationi ſit locus, vide prolixe Salicet. *in dict. l. 1. Cod. de his qui accuſar. non poſſ.*

LIT. C.

Agitur hic de tempore quo reconventio inſtituenda eſt: quod ante litis conteſtationem vel ſtatim poſt faciendum eſſe tradit Tr. Cui ſententiæ objicitur *cap. 3. ext. de reſcript. in VI.* ubi dicitur, quod eodem judicio durante inſtituenda ſit reconventio: per quem textum etiam hoc defendit Sichard. poſt Bartol. *in auth. & conſequenter C. de ſentent. & interloc.* Poſſit equidem dici, textum iſtum juxta ſententiam à Treut. propoſitam accipiendum & ita reſtringendum eſſe, quod alias v. c. prope concluſionem in cauſa inſtituta reconventione, huius finis non obtineretur, qui videtur eſſe, ut cauſa ſimul utraque eodem proceſſu abſolvatur: cum & hic eſſet favor reconventionis, & fere cauſa ejus introducendæ & ampliandæ in N. 96. cum lite propemodum ad finem perducta, reus ad ordinarium judicem actoris ſit remittendus: & iniuria videatur fieri actori, ſi poſtquam idem fere iam ſententiam ſperat, uſque dum ad eundem terminum cauſa deducatur recõventionis exſpectare cogatur, ſiquidem ut maxime etiam feratur ſententia, de quo mox, executio tamen uſque ad finem alterius negotij fuerit differenda. Attamen cum ita jus ſtatutum ſit, ut propter conventionem factam, actor quaſi agnouiſſe judicem, & juriſdictionem eius hactenus prorogaſſe videatur, ut etiam de reconventione cognoſcere & contra eum jus dicere poſſit, non uidetur negari poſſe reo, jus eodem iudicio adhuc durante & pendente actorem reconveniendi. Neque certo iure expreſſum eſt, ut punctum con- & reconventionis ſimultaneo proceſſu expediatur, nec iure quidem Canonico *arg. cap. 1. & 2. ext. de mutuis petit.* & jure civili potius contrarium probari videtur *arg. l. 1. §. ult. quæ cauſ. ſine appell.* neque omnes cauſæ partes ſunt, & una altera citius expediri poteſt, ut fortaſſe hic aliquid arbitrio iudicis ſit permittendum. Cæteroquin poſſit etiam videri intereſſe, an recõventio inſtituatur coram communi iudice, & an habeat connexionem cum conventione: quibus caſibus facilius, & tardius etiam poterit admitti reconventio.

Eadem lit C. in fin. ait Tr. cauſam eſſe finiendam non uni, ſed duplici ſententia, eodem tam ẽ ductu lata. Ubi nihil aliud intelligere poteſt quam vno tempore eſſe decidendum utrumque punctum: ita ut ſtatim una ſententia alteram à priore tamen ſeorſim conceptam, ſubſequatur. Quod ut ita fieri poſſit, ita ad neceſſitatem minime transferendum eſt. Equidem an hoc vel illo modo fiat, nihil intereſſe, & citra vitium nullitatis utrumque fieri poſſe videtur, ut & una ſententia vel diverſis duplici etiam ductu latis utrumque caput decidatur: ubi etiam inter cauſas diſtinguendum videtur, quæ ſi ſint cõnexæ, facile res una ſententia expeditur, cæteroquin ipſa natura & qualitas rei diverſas deſiderat ſententias. Quin ex ratione iuris defendi fortaſſe poſſit, diverſis ſententiis, & diverſo inſuper tempore utramque cauſam recte decidi, per textum *in l. 1. §. ult. quæ cauſa ſine appell.* nec quicquam intereſſe videtur ſive utraque cauſa ſimul, ſive una poſt aliam expediatur, maximè ſi cauſæ diverſæ nec inter ſe connexæ ſint.

LIT. E.

Duo præcipue hic proponuntur 1. quod reconventio etiam habeat locum coram iudice delegato. 2. quod etiam coram prorogato. Prius probo, ſi videlicet non ad ſingularem cauſam, ut Dd. loquuntur, ſed ad univerſitatem ſit delegatus: vel ut ex taxatione iuris loquendum eſt, ſi non ſit iudex pedaneus, ſed iuriſdictionis mandatarius, qui plane vice & perſona mandantis fungitur *l. 1. §. 1. de officio eius, &c.* & abſurdum ſit ex eo adimi reo ius reconveniendi. Poſterius improbo, quod & prorogatio per ſe extraordinaria eſt, quæ præſertim in præiudi-

Digitized by Google

judicium judicis ordinatii non debeat extendi, & ipſum quoque reconveniendi jus; quatenus à Juſtin. productum eſt, ab ordinario jure exorbitat: & cum prorogatio fiat ex conſenſu partium in terminis cauſæ ſpecialis, non debet operari ultra earum intentionem, cum proviſio hominis tollat proviſionem legis, & abſurdum ſit fingere, prorogationi expreſſæ aliam tacitam ineſſe prorogationem, in qua fundatur reconveniendi jus: ut proinde non obſter ratio deſumta *ex l. 14. Cod. de ſentent.* ibi, *cujus enim in agendo, &c.* quia fallit ubi quis in ſpecie & expreſſe ſuper ſingulari cauſa adiit judicem: facit quod alias coram judice qui nulli parti competens eſt, reconventio inſtitueretur, quia ubi uni competens eſt res non habet dubitationem. Rationes autem Treutl. exigui, ſunt momenti: quia imo hic ceſſat litigantium voluntas, & nulla eſt aut legis neceſſitas, nec publica utilitas, niſi abuſive loquendo, & etiam in cauſis non connexis reconventioni locus eſt, & hæc ratio ſi nimis extendatur, etiam coram arbitro reconventio tractari poſſet: quin etiam extra caſum prorogati judicis, hæ rationes non adeo valde ſtringunt, præſertim prior, quod ejus qui debitorem contumacem in jus vocat, nulla poſſit dici voluntas, Illud plane non capio, quod abſurdum eſſe dicit propter rei conſenſum reconventioni locum tribuere nolle: quoniam ideo negatur locus, quod in ſpecie ſuper una tantum cauſa conventum eſt, neque tantum de conſenſu rei ſed etiam actoris & hujus magis præjudicio diſputatur.

THESIS XIV.

Lit. A.

In cauſa ſpolij.] Exiſtimant quidam hic recõventioni hactenus eſſe debere locum, ut cauſa ſpolii licet prius deciſa, coram eod. judice res finiatur. Sed rectius dicitur, quod favor reconventionis non ſit, ut eundem habeat judicem, quippe quod nullum hic intereſſe prætendere poteſt, ſed ut lites citius & commodius finiantur, & ut reus eod. judicio jus ſuum conſequatur potius quam ut de novo litigare cogatur. Quæ ratio ceſſat, ubi cauſa ita comparata eſt. ut ea prius neceſſario decidenda & cognoſcenda ſit in quibus terminis non reconventioni, ſed novæ conventioni locus eſt.

Lit. C.

In ſummariis,] Non quaſi per reconventionẽ cauſa ſummaria fiat ordinaria, aut vice verſa, ſed ſi altera quoque cauſa ſummaria ſit, cæteroquin non admiſerim reconventionem, ut cauſa ordinaria objicitur ſummariæ.

Lit. D.

Sæpius hic compenſationem cum reconventione copulat, & ita loquitur, quaſi hæc duo pro iiſdem haberet: quo admiſſo ſupervacanea foret *l. 14. cum authen. ſeqq. C. de ſenten.* Sed nimirum latius patet reconventio cui v. c. etiam in actione injuriatũ locus eſt, & qui compenſare vult, debitum fatetur, non aut qui reconvenit: de quibus & aliis reconventionis utilitatibus vide gloſſ. *& Dd. & præcipue* Salicet. *in d. l. cum Papinianus* 14. *C. de ſentent, & interlocut.*

Ad

DISPUTATION. XXVI.

DE DEPOSITO.

THESIS I.

Lit. A.

Quod non ſit ubi depoſitum.] Adeo perſpicuum eſt, quod hic *deponere* non ſit, *demoliri*, ut id admonere non eſſet neceſſarium.

Lit. B.

Neque tamen ideo minus.] Ait quod *commendare* etiam ſignificet *deponere*, nec tamen ideo minus depoſitum differre à mandato. Hæc quoque minus neceſſaria admonitio: vel qua voces plura ſignificantes ſecundum ſubjectam materiam accipiendas eſſe conſtat, vel quia aliud eſt *commendare*, aliud, *mandare*: cæterum *commendare* latius eſt quam *deponere*, quod etiam homines commendare dicimur. Illud quoque hoc vitium, quod ad oſtendendam differentiam depoſiti & mandati, tradit in hoc ſimul negotium gerendum committi; quia imo in mandato regulariter tantum negotium gerendum committitur: licet aliquando mandatum poſſit habere annexam depoſiti legem & vice verſa *l. 5. ult. de præſc. verb.*

Nec tamen ſtante hac.] Recte hic improbat Cujac. qui *in l. ult. C. commodati* vult legendum eſſe, *commendati*: quoniam tempore Imp. quorum illa conſtitutio eſt commodato non potuiſſe obiici compenſationem, liquidiſſimum eſt. Sed illud non recte, quod ſequutus Dd. locum

illum accipit de debito illiquido; ſiquidem ſecundum ius quod Juſtinianum anteceſſit, nullo modo propter qualecunque debitum commodatum retineri potuiſſe verum eſt.

LIT. A. C. & D.

Verba hæc definitionis, *realis, & bonæ fidei,* omitti poſſunt: quoniam differentiæ generis communis non debent poni in definitione ſpecierum, ſicut & ipſe Treutl. diſputat. 24. theſ. 1. in definitione commodati eas omiſit. Eſt alias & hoc vitium definitionis 1. quod genus non competit omnibus ſpeciebus, quas ipſe Treutl. depoſito hic definito ſubjicit th. 4. videlicet ſequeſtrationi neceſſariæ, quæ utique contractus dici nequit, utcunque hoc invita Iuriſprudentia & ipſa ratione affirmet Gœdd. *in l. 110. de V. S.* 2. differentia poſtrema, *quandocunq; libuerit deponenti,* itidem non ſatis convenit ſequeſtrationi, ſiquidem ipſe Tr. lit. G. hac th. admittit in ſequeſtro conditionem, qua exiſtente demum reſtituatur *arg. l. 5. C. h. t. & l. 9. §. 3. d. dol. mal.* Sed nimirum Treu. ſuo more per incuriam peccavit, & depoſitum in ſpecie definitum poſtea ut genus dividit.

LIT. G.

Quandocunq; libuerit deponenti.] Non ſatis recte hinc infert. quod non ſit locus compenſationi: quia illud concernit jus petendi, quod contra quam in commodato tempore & modo non circumſcriptum eſt: cæteroquin & precarium libere revocari poteſt, in quo tamen Tr. procul dubio poſt cõſtitutionẽ juſt. cõpẽſationẽ admittit. Videtur autẽ hic obſtare *l. 1. § eſt autẽ 22. dep.* negatur eum in culpa eſſe qui non reſtituit ubi nondum extitit conditio depoſitionis. Equidem contractus conditionem habere dicuntur, qui ſub conditione ſuſpenduntur: quod in propoſito caſu dici non poteſt ubi non de depoſito ſub conditione dilato, ſed reſtitutione dilata depoſiti tractatur. Ut intelligi oporteat reſtitutioni conditionem adiectam fuiſſe: & eſt quidem conditionis omnis natura, ut actionem naſci prohibeat, in quo alia ratio pacti eſt, cujus exceptio explicatione elidi poteſt: ſed non video quid prætendere vel cauſare poſſit depoſitarius, quo minus reſtituat rem deponenti; quod utique cũ nihil de uſu rei actum proponatur, transformatio actus in commodatum adſtrui non poſſit. Gloſſ. & Dd. nihil hic juvant, & Salicet. hoc tantum annotat, conditionem depoſitionis eſſe obſervandam. Nihil aliud occurrit, quam ut cum Treutl *d. §. 22.* de ſequeſtro accipiamus *argum. l. 9. §. 3. de dol. mal.* ubi dicitur nondum impleta depoſitionis conditione ſequeſtraria agi non poſſe: & depoſitum ipſa proprietate verbi ſequeſtrum continet *per l. 5. § 1. l. 6. & l. 7. h. t. ex qua l. 7.* exemplum peti poteſt *ad d. l. 1. §. 22. eod.*

THESIS II.

LIT. A.

Proponitur initio, *in l. 32. h. t.* non abundare negationem, contra Hottoman. 3. obſ. 2. qui ita legit, *& ſi quis ad eum modum, &c.* quod etiam ſentit Iac. Curt. 2. *εἰκασῶν in fin.* quam ſententiam expreſſo tamen nomine ſequitur Ant. Fabr. *decad. 76. ca. 2.* ubi ita eum locum explicat, quod licet depoſitarius ad vulgarem hominum modum, id eſt mediocrem diligentiam in depoſito adhibeat, ſi ipſe tamen natura diligentior ſit, non excuſari, niſi eandem rebus depoſitis quam ſuis adhibeat curam: itaq; in ea ſpecie ponit patremf. ſupra communem hominum modum diligentem. Verum inverſo caſu, ſi modus ille, quem natura hominum deſiderat, de exactiori curandi & cuſtodiendi modo accipiatur, & in ea ſpecie paterfam. natura negligentior proponatur, omnimodo negatio retinenda erit, hoc perſpicuo ſenſu quod licetà depoſitario non exigatur ejuſmodi cura & diligentia, qualem hominum natura deſiderat, exigatur tamen talis, qualem præſtat rebus ſuis. Et hæc explicatio procul dubio textui convenit, & ei quod *in §. penultim. in fin Inſtitut. quib mod. oblig* & alibi traditur negligentem depoſitarium non teneri, quod ipſe deponens ſibi imputare debeat, ſi negligenti amico rem dederit cuſtodiendam: ad quod ſc. *d. l. 32.* hæc limitatio traditur, ſi modo ead. negligentia tractet res proprias. Hactenus igitur ineptam eſſe Ant. Fabri emendationem, & recte ſe habere vulgatam lectionem oſtenſum eſt: ſed ille gravior ſupereſt nodus, quod *ex d. l. 32.* probatur eandem requiri diligentiam & curam rei depoſitæ & propriæ: quo poſito re ipſa tollitur differentia, quæ jure traditur inter depoſitum & alios contractus qui utriuſque utilitatem concernunt, velut venditionem, locationem, ſocietatem, &c. in quibus eadem diligentia requiritur in rebus propriis & alienis ſive alteri debitis. Anto. Fabr. *decad. 75. cap. 1.* difficultatis & erroris cauſam recte putat, quod definitio & eſſentia latæ & levis culpæ ſit inexplicata: verum ipſe infeliciter hic operam navavit, & cum de lata culpa ſatis prolixe egiſſet, in explicanda natura levis culpæ, quæ tractationem difficiliorem habet, plane deficit, nec quicquam ad nodum iſtum diſſol-

Digitized by Google

diſſolvendũ confert. Video eſſe qui ita ſcribant, levẽ culpã eſſe quoties non ea quã diligentiſſimi adhibent, fides aut diligentia præſtatur. Atquin hæc potius deſcriptio videtur leviſſimæ culpæ, quæ oppoſita eſt curæ, quæ à diligẽtiſſimis præſtatur: neq; ita ullo modo ſupra difficultas explicatur: *v. hæc de re notata ſup. diſ. 10. the 5. lit. C. & D*

Illud hic ſemel.] Connexa hæc eſt tractatio de culpæ diſtinctione. Nimirũ tria ſunt, de quibus in ſingulis cõtractibus diſputatur duo extrema, dolus in ſpecie ſumtus, & caſus fortuitus, & intermediũ culpa. Dolus cui hic æquiparatur lata culpa in omnibus cõtractibus præſtatur, caſus fortuitus in nullo, niſi ex pacto, culpa aliter atq; aliter præſtatur. Rurſus culpa, ꝙ ipſa epitheta arguunt, alia eſt craſſa & fere dolus, alia eſt leviſſima ſive minima: & vix culpa, quæ eſt prope caſum fortuitum; ex quo fit ut vix uno loco ejus culpæ mẽtio fiat, & pleriſq; locis culpa ſimpliciter caſui fortuito opponatur: alia deniq; eſt culpa media & vere ſed nihil amplius niſi culpa, quæ in jure noſtro levis appellatur. Bart. *in d.l. 3. 2. h.t.* culpã facit latã latiorem & latiſſimam: quod improbat Anto. Fabr *& ante ipſum* Iacob Curt. *li 2. conject. c.28* ubi docet ex eo ꝙ latioris culpæ mentio fit, non propterea has ſpecies ſtatuendas eſſe, quod ſcil. lata culpa eadem diverſis nominibus in jure noſtro appelletur. Verũ Dd. quamvis & Accurſ. *ad dict. leg. 32* latiorẽ culpam explicet de lata, ſpecies iſtas ſtatuunt culpæ in genere acceptæ, & ꝙ ex Bartol. & Salicet. & Caſtrenſ. *in dict. l. 32* apparet latiſſimam culpam de dolo vero, latiorem de dolo præſumpto interpretantur. Idem Bartol. poſt antiquum Dd. qui Accurſ. anteceſſit, culpã facit levem leviorem & leviſſimã, quã diſtinctionem Anto. Fabr. *d.c* 1. per errorẽ adſcribit Coraſ. & recentioribus: & idem hanc minus etiam quã priorem rationis habere putat, ꝙ culpæ quidem latioris ſed non levioris in jure mentio fiat. Verũ ex adverſo culpæ leviſſimæ ſed nõ latiſſimæ mẽtio eſt. & ſi dato poſitivo & cõparativo licet addere ſuperlativum, etiã dato poſitivo & ſuperlativo, cõparativum addere licebit. Et tamẽ ſentio cum jis qui utramq; hanc diſtinctionẽ rejeciũt tum quia tres illæ culpæ ſpecies ſufficere debẽt, cum quia dolus ſuæ appellationi cum ICtis eſt delinquendus. Neq; *ex l. 32.* ſpecies illæ defendi poſſunt, ꝙ Nerva & Celſus effectum reſpiciẽtes dolum eſſe dixerunt, cujus hic eadem quæ doli ratio eſt: quamvis ſane non abs re eſſe videatur ꝙ Zaſ. duas ſpecies latæ culpæ facit, aliam ubi quis per negligentiam & ignaviam peccat, aliam, ubi ſciens prudens, quæ ſpecies dolo vicinior & fere dolus eſt. Iam ut ad Tr. redeamus, ait hic, duas tantum eſſe ſpecies culpæ, latã & levem, & ſtatim ſubjicit, conſtitui poſſe gradus negligentiæ, ſed ſpecies non poſſe. Atquin cum nihil aliud eſſe videatur negligentia, quam culpa, aut in prioribus verbo, *ſpecies*, abutitur, aut leviſſimam culpã à ſpeciebus excludit, ſed inter gradus tamen admittit. Quod ſane nimis fuerit ſuperſtitioſum, & ludere in verbis, quod ſive gradus ſive ſpecies appelles, nihil ad rem pertinet: & ſatis eſt hoc jure probari, eſſe aliquid quod ſit infra levem culpam, quod oſtendit cit *l. 47 §. 5. de legat* 1. in qua explicanda Tr. principium petit, dum ait ea probari, quod fugienda ſit omnis negligentia: quoniam hoc etiam admiſſo non niſi inepte inferri poteſt, nullas eſſe ſpecies culpæ: cum præſertim leviſſimæ culpæ fiat mentio *in l. 44. ad L. Aquil. & ex d.l. 47.* appareat, præter diligentiam illam quæ culpæ opponitur, eſſe aliquam curam accuratiorem, quod & confirmat *l. 5. §. 1. commodati.* Plane contrariorum ead. eſt ratio, & tres ſpecies eſſe culpæ arguit, quod etiam ſunt tres ſpecies diligentiæ, alia ſumma, alia media, & alia ut ita loquar, infima & remiſſa, quæ eodem modo culpæ leviſſimæ, levi & latæ opponuntur. Ubi hoc etiam notandum, quod ſpecies iſtæ conſiderentur vel in theſi & in abſtracto, vel in concreto, & certo aliquo debitore, juxta notata *d. diſp.* 10 *theſ. 5. lit. C. & D. in princip.* Deinde & hoc obſervandum, quod verbum *diligentia*, ſumitur & in genere, & in ſpecie ut opponatur leviſſimæ culpæ, & ſignificet diligentiam ſummam, ut *in d.l. 47. §. 5. de legat. 1. l 23. de reg. iur. l 5 §. verſ. commodatum D. commodati*, quomodo & verbum cuſtodia ſpecialiſſime in hunc ſenſum uſurpatur *l. 1. §. 33. h.t. & in l. 13. de pign. act.* Porro ut & hoc addamus, ratio, ut depoſitarius tantum teneatur ad dolum & latam culpam, ſumi ſolet *ex d.l. 5. §. 2.* ꝙ nulla eius ſit utilitas: licet regula *d. §. 2.* multas patiatur exceptiones, velut in tutore mandatario qui licet eorum officium aliorum tantum reſpiciat commodum, ſpecialibus tamẽ cauſis etiam levem quin & leviſſimam aliqui culpam præſtant *l. 7. C. arbitr tut. l 13. & 21. C. mandati per notata d. diſp. 10. theſ. 5. lit. C. & D.*

Eaque fraudis nomine.] Non puto eſſe verum, quod hic affirmat in antiquis edictorum formulis, fraudis nomine latam culpam ſignificatam

Digitized by Google

eatam fuiſſe: ſiquidem in titulo *quæ in fraud. cred.* & paſſim in toto jure fraus & dolus pro ſynonymis uſurpantur, lata autem culpa revera dolus non eſt, ſed quo ad præſtationes ex contractibus dolo comparatur & æquiparatur.

Imo & in delictis.] Proponitur hic regula, quod etiam in delictis ſub dolo contineatur lata culpa, cui duplex ſubiicitur exceptio, niſi agatur ad pœnā corporis in ſpecie pro ea quæ corpus recta affligit ſumta, ſatis vera non eſt, vel quia etiam ubi de pœna relegationis quæritur, latam culpam pro dolo haberi non puto, vel quia in delictis quæ criminaliter vindicantur, maximo judicio publico, licet pœna pecuniaria imponenda veniat, velut in crimine peculatus, repetundarum, &c. latam quoque culpam dolo non exæquari, verius exiſtimo, ſed tantum ubi ex cauſa delicti civiliter agitur *arg l.1. §. 2 ſi is qui teſtam liber.* Altera exceptio, pro ut verba habent, plane vitioſa eſt; quia cum in exemplum pœna augeri debeat, contrario potius modo, facilius hic lata culpa æquiparabitur dolo. Ideoque hæc exceptio accommodanda eſt regulæ negativæ, quod in criminalibus præcipuè capitalibus lata culpa pro dolo non habeatur, niſi res ſit mali exempli: quo caſu punitur etiam qui malo animo & propoſito nocendi caruit *per l.3. §.2. ad L. Cornel. de ſicar. & l.38. § 5. de pœn.*

LIT. A. B. C. & D.

Regulam initio theſis propoſitam, quod ſufficiat cuſtodia latæ culpæ & doli expers, ſtatim in ipſa theſi liter. B. limitat Treutl. niſi depoſitarius ſummam in ſe diligentiam receperit. Parum accurate quoniam hic non eſt proximus gradus à cuſtodia quam regula proponit, ſed ſicut à lata culpa, non eſt proxima leviſſima, ita ab infima diligentia non proxima eſt ſumma, ſed intermedia, neque dubium eſt, quin depoſitarius etiam diligentiam exactam, quam à ſumma hic diſtinguit Treut. in ſe recipere poſſit. Neque ſatis bene *in theſi verſic. qui vero* loquitur per adverſativam, ſiquidem ibi quoque exceptio & regula proponitur: niſi illa adverſativa ad exceptionem referatur. Commodius diceretur, præſtationes in depoſito venire vel ex contractus natura, vel ex pactione, & hæc vel expreſſa vel tacita, velut ſi ſe obtulerit depoſito, vel honorarium acceperit. ſed illud hic quoque videndum, quod ait, eum qui ſe obtulit, ad ſummam diligentiam: qui honorarium accepit, ad exactam diligentiam teneri. Ubi non recte exactam opponit ſummæ, quam exacta frequentius in jure noſtro ſignificat *§. ſecundus Inſtitut. quibus mod. d. contrahit. obligat.* ita ut raro mediam denotet, niſi *in §. ultim. Inſtitut. d. t.* quod per inſcitiam Triboniani factum putat Anton. Fab, *decad. 76. cap.1. in ſua.* quamvis alias dici poſſit, quod verbum *exacta* ſecundum cujuſque contractus naturam ſit accipiendum, Amplius, Treutl. ſupra *diſp. 10. theſ. 5. lit.* D. in depoſito latam culpam eſſe ait, minus curare res depoſitas quam proprias. eoque depoſitarius eam curam rebus depoſitis debebit quam ſuis, adeoque ubi ex pacto ſive expreſſo ſive tacito in plus obligatur depoſitarius, videlicet, ut cum Treut. loquamur, ad levem culpam & exactam diligentiam, majorem quam ſuis rebus curam depoſito præſtare obligabitur: quo poſito non animadverto, quid plus diligentiæ præſtari poſſit ab eo qui ſe obtulit depoſito, ſiquidem hic ſummus diligentiæ gradus, jure noſtro traditur, majorem curam adhibere rebus alienis quam ſuis. Et recurrit adeo hic nodus paulo ante propoſitus, quem removere Treutl. & quidnam hic levis culpa eſſet explicare debebat: quod partim intelligi poteſt ex eis, quæ tradita ſupra *diſput. 19. theſ. 5. lit. C. & D.* & ut hic breviter aliquid adſpergam, dicendum videtur, quod lata culpa in depoſitario conſideretur in concreto, ita ut natura etiam ignaviſſimus depoſitarius excuſatus ſit, ſi eod. modo res ſuas tractet: levem autem culpam magis in abſtracto conſiderari, ita ut depoſitario qui ad diligentiam aliquam v.c. ex pacto tenetur, ſi natura ſocors ſit, non liceat eadem negligentia in curando depoſito defungi, ſed ad eum modum, quem quiſque paterfam. regulariter in rebus ſuis curandis obſervare ſolet, depoſitum curare cogatur.

Supereſt tandem hac theſ. quod lit C. proponit Treut. ſi quis rebus ſuis ſummam diligentiam adhibere ſoleat, quod eo caſu ob levem culpam non teneatur. Et quæſtio non ſatis commode propoſita aut formata videtur: quia aut minus curat res depoſitas quam ſuas & tenebitur ex *l. trigeſima ſecunda. hoc titul.* aut pariter cū ſuis & nulla levis culpa eſſe poteſt in ejuſmodi patrefam. Repetenda hic videtur ante tradita diſtinctio, inter diligentiam vel culpam conſideratam abſolute & relate, vel in theſi & abſtracto & in hypotheſi poterit in aliquo nec culpa eſſe velut in homine natura negligente, quod in alio, qui diligens ſit, vix abſit à dolo: & propoſito

patre-

Digitized by Google

patrefamil. tali, qui ſumme diligens eſt, quæ alias levis aut leviſſima, in eo lata aut levis culpa haberetur.

THESIS III.

LIT. A.

Hanc theſin quaſi cōtinuaturus ad præcedentia, ita loquitur Treut. *quod totum ita reſtringitur, ut is depoſitarius liberetur, apud quem res periit, quæ omnino eodem modo penes deponentem peritura fuiſſet.* Et tamen in his nulla connexio eſt cum præced. & ſi hæc reſtrictio eſſe debet, cum alias naturali interim omnis debitor liberetur, ad eaſum quo dolo & culpa res interiit, id referendum erit: & tamen de interitu rei nihil theſ. præced. tractatur, & ſi depoſitarius dolum vel latam culpam admiſerit, interitu rei nec naturali quidem liberabitur: cæterum ſi extra culpam talem & dolum ſit liberabitur, etiamſi res non eod. modo apud deponentem, qui eam diligentius curaſſet, peritura fuiſſet. Sed nimirum Treut. captavit occaſionem more ſuo immiſcendi quæſtionem alienam, quæ proponitur ſupra *diſput.15. theſ.7.* & infra *part.2. diſput.3 theſ.8.* nec eam tamen recte proponit, quia controverſæ opiniones quas refert lit. A. ad eum tantum caſum pertineut, quo naturalem interitum culpa vel mora præceſſit: ad quem caſum quod pro regula in theſi proponit Treutl. pro limitatione potius & reſtrictione tradendum erat, quod ſcil. etiam poſt moram naturalis interitus liberet debitorem, ſi res eod. modo penes creditorem peritura fuiſſet: de quo citatis locis.

LIT. B. & C.

Ait ex his omnibus pro conſectario deduci, quod depoſitum nec depoſitarii ſolius, nec utriuſque gratia contrahi poſſit. Verum ex proximis hoc non deducitur, ſed aliquatenus ex eo, quod theſ. præced. de præſtatione latæ culpæ dictum fuit argu. *l.5 § nunc videndum commodati.* Et tamen ex hoc tantum probatur id eſſe regulare, ut ſolius deponentis utilitas verſetur, perpetuum autem id eſſe nec ullo caſu aliter ſe habere, nullo modo ſequitur: nam & quod in commodato leviſſima culpa præſtatur, inde ſolius commodantis utilitatem ſpectari colligimus, & tamen propterea aliquando aliter obtinere ipſe fatetur Tr. *diſput.24 theſ.3.* quo exemplo, idem in depoſito ſtatui poteſt: & ſi quis honorarium acceperit initio contractus, recte utriuſque gratia depoſitum dici poteſt: ſicut & tum, ſi cuius intereſt, in cubiculo aliquo corpus aliquod bene olens depoſitum habere. Neque movet ratio Treutler. quod his modis res in alium contractum abeat: etenim in mandato opera deſideratur, qualis in ſimplici commodato nulla eſſe videtur, & commodatum tempore & modo circumſcriptum eſt, & contractuum re conſtantium difficilior eſt transformatio, & utcunque in ejuſmodi caſu depoſiti natura alteretur, non propterea plane conſumitur, quod & in aliis caſibus in quibus magis receditur à contractus natura obtinet *argum. l. in navem 31. locati* & in ſpecie depoſiti *in leg 24. & 25. § primo. & l.26. § primo, hoc tit.* quo tamen caſu actio depoſiti locum habet *d. l.26. § primo in fin.* adeoque ut maxime depoſitum hic ſit irregulare, cujuſmodi etiam commodati ſpecies *in l.3. §. ultim. l. ſeq commodati*, non propterea plane depoſitum eſſe deſinat. Et ab hac ſententia, vix ullum diſſentire puto, & ipſe Mozzius quem Treutler. pro ſe citat eum Gabriel ex hoc ipſo autore diſerte affirmat (citatus autem Gomeſ. autoritatem defugit.) utriuſque gratia contrahi depoſitum, ſed ſolius accipientis gratia contrahi negat, contra Dd. *in l. ſi quis nec cauſam 4. d. reb. credit.* qui ex hoc ipſo textu hujus rei non male petunt exemplum: non obſtante quod Mozzius ibi mutuum eſſe exiſtimet: quoniam utcunque ad hoc ſit ordinatum, ob quam cauſam accipiens periculum præſtat, ut ibid. recte notat Caſt tamen ſimplex & purum mutuum non eſt, cum adjectam habeat hanc quaſi conditionem, ſi accipiens prædia emturus fuiſſet.

THESIS IV.

Vitium methodi hic notari poteſt, quod cum hic demum proponat diviſionem in depoſitum ſpeciale & ſequeſtrum, ratio methodi poſtulabat dicere, quod in præcedentibus generalia & utrique ſpeciei convenientia fuerint tractata. Quod tamen contra ſe habet, & hactenus non minus ac *theſ.4.5.6.7.* propoſita, ſpecialia ſunt, & depoſito, quod ſequeſtro opponitur, propria. Sed neque ſubdiviſio, quod utrumque & depoſitum & ſequeſtrum ſit vel conſilii vel neceſſitatis, ſatis probat, quoniam eum genus, & quæ generis ſunt, ex æquo & eod modo ſpeciebus competere, & de iis prædicari debeant, attamen manifeſta eſt homonymia in verbo *neceſſitatis*, & longe diverſo modo & ſenſu, depoſito in ſpecie & ſequeſtro illud accommodatur: quoniam illud depoſitum neceſſitatis vocatur,

Digitized by Google

quod fit tempore incendii, ruinæ, naufragii, quibus caſibus depoſiti reſpectu nulla revera neceſſitas eſt, & res utique à domino deponitur, ſequeſtrum autem neceſſarium à magiſtratu in vita etiam parte conſtituitur. Cæterum nullus ex Dd. quod tamen iis imputare videtur Treutler. diſtinctionem iſtam depoſiti in genere ſumti improbat, ſed illi depoſiti ſpecialis, ut ex cit. Mozz. apparet, diviſiones quaſdam proponere ſolent, quæ tamen nullæ extant apud Menoch. *lib. 2. arbitrar. caſ. 232.* Illa vero diviſio, cujus hic obiter mentionem facit Treutler. quod depoſitum aliud ſit juris, aliud facti, plane impertinens, & hic aliena eſt, quod teſtante eod. Mozz. Dd. illud depoſitum juris appellant, quo ad inhibendum curſum uſurarum, vel inducendum effectum liberationis, pecunia vel apud magiſtratum, vel in æde ſacra deponitur, de quo infra *p. 2. diſp. 19.*

LIT. C.

Ab uno.] Non recte hanc differentiam ſequeſtri & depoſiti proponit, tanquam ſpecificam, quod depoſitum fiat ab uno: cum ipſe lit. ſeq. ſtatim ſubjiciat, quod etiam à pluribus fiat depoſitio: licet hactenus differre videantur, quod depoſitum aliquando à pluribus ſed ſequeſtratio ſemper à pluribus conſtituatur: quamvis & hic dubium moveat *l. 9. §. 3. d. dol. mal.* ubi quis ultro oleum quod à ſe petebatur depoſuit, idque ſequeſtrum eſſe res ipſa & verba textus oſtendunt.

LIT. D.

Unica hic movetur quæſtio de objecto depoſiti, an etiā res immobiles poſſint deponi: quod affirmat Gœdd. ad rubric. de ſequeſtrat. *num. 9. & ſeqq.* ſed Treut. poſt Dd. negat. 1. quod cura rei immobilis abeat in ſpeciem mandati, quod firmatur *ex l. 5. §. 4. de praſcript. verb.* ubi proponitur mandatum annexam habens cuſtodiæ legem, depoſitum autem *argum. l. 1. §. 12.* reſpicit cuſtodiam nudam: quæ in rebus immobilibus non ſufficit, imo earum proprie nulla eſt. 2. ab Etymologia *ex l. 1. in princ. h. tit.* quod depoſitum dicatur à ponendo. 3. quod nullum depoſiti in rebus mobilibus jure noſtro extat exemplum. Porro poſt parte affirmante duo præcipue argumenta affert Gœdd. 1. quod etiam rerum immobilium dicatur eſſe cuſtodia *per l. 5. §. cuſtodiam, commod. leg. 2. § 1. l. 3. & l. 11. d. peric. rei vend.* 2. quod extent rei immobilis depoſitæ exempla *in cap. 1. d. ſequeſtrat. clem. un. eod. l. 7. §. fin qui ſatiſd. cog. l. un. Cod. de prohibit. ſequeſt pecun.* cum dubium non ſit in ſequeſtrationem quæ depoſiti ſpecies eſt, res immobiles venire. Verum poſterior hæc ratio plane impertinens & aliena eſt, quod hæc quæſtio non de depoſito in genere, ſed in ſpecie ſumto, quod à ſequeſtratione diſtinctum eſt, proponitur. Nec difficile eſt priori rationi reſpondere, ſiquidem & *l. 1. d. peric. & commod.* de rebus mobilibus loquitur, de quibus etiam recte accipitur *l. 5. §. cuſtodiam, commod.* neque enim ut male exiſtimat Gœdd. locus ille neceſſario de re immobili ideo accipiendus eſt, quod *§. ſeqq. 6.* oppoſitive de ſervo loquatur: quoniam ſervus tanquam ſe ipſum movens & hinc inde vagans ut facile cuſtodiri nequeat, alii rei mobili inanimatæ opponitur. Sed *& l. 2. §. 1 d. peric. & cōmod. &c.* de re mobili tractat, & perſpicue laborat Goddæi collectio: & in vino quod admetiendum eſt, cuſtodia locum habet *d. l. 2. §. 1.* ergo etiam in fundo, qui recipit menſuram *l. 10. h. tit.* neque enim inde in omnibus quæ admetiri poſſumus cuſtodiæ locum eſſe ſequitur, & latiſſima inter rationem admetiendi vini & fundi differentia eſt. Quod attinet ad *l. 11. d. peric. & commod.* abuſive inſula cuſtodiri dicitur eo reſpectu, dum v. c. habitator ignem recte curat, ne oriatur incendium. Quæ licet ita ſint, nec tamen deeſt, quod argumentis ſententiæ negantis reponatur: ſiquidem non ita facile propter mutatam aliquam qualitatem fit tranſmutatio contractus: & ex eo quod in centonibus noſtris nullum immobilis rei depoſitæ extat exemplum, nihil ſolidi concludi poteſt, & argumentum à notatione deſumptum leve ſatis eſt, & vel inde confutatur, quod ſequeſtrum recipiens etiam res immobiles, ſub generali nomine depoſiti continetur. Ego ita ſtatuo, regulariter depoſitum eſſe rerum mobilium, ſed tamen alterata paululum natura etiam rerum immobilium depoſitum eſſe defendam. 1. exemplo commodati, quod admittit res immobiles, 2. quod aliarum quoque rerum, in quibus ſimplex cuſtodia non ſufficit, dicitur eſſe depoſitum, veluti *ſervil. 5. §. 6. commod. l. 1. §. ſi quis 9 h. tit.* qui tamen proprie deponi non dicitur, & cui inſuper cibaria præſtanda ſunt. *d. §. 9.* 3. ſi poteſt eſſe mandatum annexam habens legem cuſtodiæ *d. leg. 5. §. 4. d. praſcript. verb. leg. 1. §. 12. h. tit.* nihil obſtabit, quin etiam poſſit eſſe depoſitum annexam habens legem mandati;

4. fa-

Digitized by Google

4. facit quod aliquæ res immobiles non multum curæ vel adminiſtrationis deſiderant, ut vel ideo ejuſmodi depoſitum non ſtatim debeat transire in mandatum: veluti ſi cui Inſulæ vel horrei cuſtodia commiſſa ſit, & culpa vicinorum vel aliunde ignis erumpat. 5. ſi pactum uſurarium in depoſito pecuniæ non plane transformat depoſitum: multo minus id faciet qualitas rei immobilis: cum & alias contractus ex conventione accipiant legem & frequenter in concurſu duorum contractuum ille celebratus intelligatur, quem partes deſignaverunt: cum & regulariter qualitas rei non diſtinguat contractus, & ratione præſtationum multum interſit, an depoſitum, an mandatum contractum dicamus: ut proinde videndum ſit, ne præter voluntatem contrahentium ſtrictius & gravius alter obligetur.

THESIS V.

Hæc theſis non ſatis bene cum præcedenti cohæret, & dicendum potius erat, obligari quem conſenſu expreſſo vel tacito. Cæterum limitatio in exegeſi propoſita, *ſi nihil à parte deponentis dictum ſit*, vel potius ſententia illa, quod patiens aliquid deponi obligetur, in dubium vocari poſſe videtur, vel quod utrimque conſenſus expreſſus eſſe debet, vel quia pro invito habetur, qui conſenſiſſe non probatur *l.* 8. §. 1. *de procur.* Sed tamen recte reſpondetur iſtud non eſſe generale, & quibuſdam caſibus conſentire intelligi qui non contradicit *leg.* 2. §. 2. *ſolut. matrim. l.* 5. *de adopt.* textus generalis *in leg.* 60 *de reg. jur.* & expreſſus conſenſus diverſimode accipitur, vel pro expreſſa verbali declaratione, vel quatenus opponitur conſenſui à lege ſubintellecto, qui conſtituit quaſi contractus: & qui aliqua re penes ſe depoſita, cum alter ſe eam cuſtodiæ ipſius committere dicit, cum recuſare utique poſſit, ſatis expreſſe, conſentire videtur, quod alias ejuſmodi contractus cum muto celebrari nõ poſſe ſequeretur. Neque obſtat *d. l.* 8. §. 1. *d. procur.* quia in noſtra ſpecie ipſa acceptatione conſenſum intelligitur, & cum procurator ad factum, & ſi non fecerit, ad intereſſe teneatur, non facile citra expreſſum conſenſum eum obligari ſtatuemus. Non obſtat etiam *l. penult. de furt.* quia furtum ex affectu & animo furis æſtimatur, nec facile excuſat à delicto patientia alterius, qui non poteſt præſumi paſſus, ut actionem furti remitteret. Et hanc ſententiam communem eſſe colligi poteſt ex traditis à Mozz. *cap. ult. hic num.* 9. & 10. & quæ tradit poſt Azon. gloſſ. & Caſtrenſ. *in l.* 1. *in princ. h. t.* ubi tamen nimis ſubtiliter diſtinguunt, an quis dixerit ſe deponere, an ponere, & hoc caſu quia ponens non abdicet à ſe cuſtodiam, depoſitum eſſe negant: de quo ex circumſtantiis puto eſſe ſtatuendum.

In navis tamen.] Hoc idem tradit Mozz. d. loco, & ratio differentiæ expedita eſt, quod hi ex officio teneantur, & profitendo ſe verbi cauſa caupones, ad cuſtodiam rerum ſe obligare intelliguntur. Nec minus certa eſt exceptio à Tr. ſubjecta, ſi prædixerint ſe nolle teneri *ex l.* 7. *naut. caup. ſtab.* ubi injuriam facit Bartolo, qui hinc minime diſſentit, ſed quæſtionem tractat, an idem ſit, ſi hoſpites prædictioni expreſſe non cõſenſerint, & opiniones contrarias gloſſ. & Petri diſtinctione recte conciliat, an caupo poſt ingreſſum hoſpitis & res receptas eum jam obligatus eſſet, an ante prædictione illa fuerit uſus. Illud quoque in theſi lit. A. non recte ſe habet, quod ex ſola patientia, ſi videlicet deponens nihil dixerit, negat alterum obligari, ſi res furto vel alio caſu pereat: quoniam ut maxime depoſitum contractum dicamus, tamen depoſitarius re citra culpam latam vel dolum, caſu, vel etiam regulariter furto peremta, non tenetur.

LIT. B. & C.

Ait in theſi, quod depoſitarius quovis tempore officio ſuo liberari poſſit, ſicut & deponens quovis tempore rem repetere poteſt. Hoc quidem jam traditum eſt th. 1. lit. G. cæteroquin illatio & hac in re deponentis & depoſitarii vitioſa comparatio eſt: quia depoſitum fit gratia deponentis, & depoſitarius quo minus ſtatim & quandocunque recipiat, intereſſe prætendere poteſt, ſicut ex adverſo commodatum reſtitui quidem pro libitu, ſed pro arbitrio commendantis repeti non poteſt.

Sed an per impenſas.] Negat propter impenſas in depoſitum factas reſtitutionem depoſiti recuſari poſſe. Contrariam ſententiam jam olim probavit *Placent.* quem referunt & ſequuntur Cyn. *in l. ſi quis*, 10. *Cod. h. t. in fin. & ibid.* Bald. *in fin.* Salic. *num.* 4. & Caſtrenſ. *num.* 5. eaque probatur 1. ex regula *leg.* 18. §. *ultim. commod.* quicquid contrario judicio peti poteſt, ab eo qui directo convenitur retineri poſſe. 2. quia Juſtinianus prohibet compenſationem & retentio-

nem ob præſumptam perfidiam cuiuſmodi hic nulla eſt. 3. quia hoc ipſum tacite conventum cenſetur, ut depoſitarius faceret impenſas: quæ ratio eſt Bald. & Salicet *d. loco* ubi notant hoc deſcendere ex voluntate ipſius deponentis. Et has rationes fortiter omnino procedere puto in impenſis neceſſariis, de quibus in conſervationem ſcilicet depoſiti factis nominatim agit Treutl & citati Dd. qui exemplum proponunt depoſiti ſervi & equi, qui ut ipſi loquuntur, non poſſunt vivere de vento: facit quod impenſæ neceſſariæ rei quaſi conſtituunt partem, & tribuunt impendenti jus in re *argum. l. 38. d. petit. hered. & l. 5. d. impenſis in res dot.* idque amplius confirmat, quod Juſtin. *in l. un. Cod. d rei uxor. action §. taceat. 5. verſ. ſed nec*, cum omnes removerit exceptiones, tamen impenſas neceſſarias excepit. Neque obſtat *l. ult. Cod. d. compenſat. & l ſi quis. 11. Cod. h. tit.* quæ accipiendæ ſunt de compenſatione vel retentione, ex diverſa cauſa, & ad illos caſus referendæ, in quibus depoſitarius jus in re ipſa non eſt adeptus, quod per neceſſarias impenſas eum conſequi jam oſtenſum eſt. Cæterum de impenſis utilibus facile admiſerim Treutl. ſententiam *argum. d. l. 5. verſ. ſed nec. Cod. d. rei uxor. action.* & præcipue quod eiuſmodi impenſas facere ad officium depoſitarii non pertinet.

Quod ſi fidei commiſſum.] Probat hic explicationem Anton. Fabr. *ad l. 26. in pr h. t.* ubi in ea ſpecie tanquam ex fideicommiſſo, non vero actione depoſiti res illas petendas eſſe putat, Mihi vero illa ſententia, ut pote & à verbis & à titulo aliena, non ut Treutl. eam appellat, pulchra neque vera, ſed duplex Dd. interpretatio magis videtur probabilis: quarum prima eſt, quod actio depoſiti ibi detur filio tanquam heredi, quod licet alios quoque heredes ab inteſtato fuiſſe proponatur, merito tamen propter voluntatem matris filio illi, quem itidem hæredem fuiſſe præſupponendum, actio in ſolutum danda ſit. Altera eſt quam Salicet, & alii *ad. d. l. 26.* magis ſequuntur, quod ex voluntate & conventione matris filio utilis actio commodetur tum propter affectionem & conjunctionem perſonarum, ob quam aliis quoque caſibus alteri actio datur, tum quia ex contractu reali, facilius alteri paratur actio *per l. 8. C. ad exhibendum, iuncta l. 9. §. pen. d. reb. cred.* facit quod poſſeſſio per actum traditionis naturalem alteri quæritur *l. 1. §. per procuratorem 20. ubi id notat Zaſ. d. acquir. poſſeſſ.* Cæterum an perſonæ affectio, ita enim legendum eſt, alteri actionem faciat acquiri, quam quæſtionem alio remittit Tr. videbimus infra part 2. diſput. 27. th. 2.

THESIS VI.

Fit tamen, ait in pr. Tr. aliquando, ut non idem ſpecie, ſed genere reſtituatur. Non ſatis accurate, quia hoc non fit ex depoſiti natura, ſed eũ ejus notiſſimi termini exceduntur *l. 24.* & dicendum potius erat, præcedentia obtinere in depoſito regulari, & inde de irregulari ſubjiciendum aliquid, licet fortaſſis rectius th. 1. propoſitæ qualitati depoſiti de eod. reſtituendo, hoc exceptionis loco ſubjectum fuiſſet. Scilicet ne fraus fieret conventioni pattium præcipue de præſtandis uſuris, quæ ex mutuo non debentur citra ſtipulationem. receptum videtur, ut pro depoſito habeatur, ut fortaſſis non recte Tr. hac th. lit. C. quaſi per ampliationem proponat etiam tum hoc obtinere, ubi de uſuris convenit. Referenda autem huc eſt *l innavem. 31. locat. verſ. idem juris.* ubi proponitur hæc ſpecies depoſiti, ſi pecunia detur non obſignata an tantundem renumeretur: ut videri poſſint duæ ſpecies eſſe depoſiti irregularis, altera eum pacto expreſſo de utendo & uſuras præſtando, altera eũ tacito, ſi pecunia non obſignata detur, ut tamen utroque caſu initium contractus fiat à deponente, cum alter pecuniam nec petat neque ea egeat, quod alias utique mutuum futurum eſſet. Illud hic quæri poſſit, an eod. modo his caſibus dominium ſicut in vero mutuo transferatur: & ratio ſuadere videtur, ut dicamus non traditione, ſed conſumtione demum accipientem dominium effici, quod alias depoſitum, quod titulus transferendi dominium non eſt, omnino conſiſtere non poſſe videatur. Attamen pro Treutl. qui lit. C. aliud ſtatuit, facit *argum. ex l. 4. de reb. cred.* ubi in caſu non diſſimili pecunia dicitur eſſe periculo accipientis *in d. l. 31. verſ. idem locati* hoc caſu incréditum iri affirmat ICtus. Porro ut perſequamur hanc tractationẽ, eadem lit. C. Treutl. hanc ſpeciem irregularis depoſiti proponit, ſi poſt depoſitam pecuniam numeratam convenerit, ut depoſitarius pecunia utatur. Atqui *ex l. 9. §. ultim. de reb. cred.* hoc mutuum eſſe probatur: & cum hic excedantur depoſiti limites, hoc potius reſtringendum videatur, & quidem ad duplicem caſum. 1. ſi pecunia hac lege fuerit depoſita, ut ſi ea depoſitarius utatur, præſtet uſuras, 2. Si pecuniæ de-

Digitized by Google

depoſitæ ipſe depoſitarius uſum rogaverit & uſuras obtulerit juxta *l.* 24. *& l.* 26. *h. t.* cæteroquin eſſe mutuum ſtatuemus. Attamen *l.* 10. *de reb cred.* etiam in priori caſu pecuniam mutuam fieri probat neque quid reſpondeam aliud habeo, niſi quod irregulare etiam depoſitum de quo agitur in *d. l.* 24. *h tit.* quatenus excedit depoſiti naturam, & ratione objecti mutuum dici poſſet, idque tantum conſideraſſe ICtum *in d. l.* 10. *de reb. red.* qui alias id depoſitum irregulare dici poſſe negaturus non fuiſſet. Plane ex mente contrahentium hujus rei ex parte deciſio petenda erit, alias in dubio ſi poſteà de utendo conveniatur pecuniam ſive ipſum depoſitum. cujus naturæ uſus repugnat, in mutuum converſum dicam. Neque huc pertinet, quod de novatione citra expreſſâ voluntatem non contingente traditur *in leg. ultim. Cod. de novation.* quia hoc obtinet ubi poſterior priore obligatione ſalva ſubſiſtere poteſt nec deſtruit eſſentiam prioris.

Paucula hac theſ. notanda ſuperſunt, & in primis quod lit. B. circa lectionem *l.* 27. ſequitur ſententiam Hottomann. qui expungit præpoſitionem A. eaque retenta ſententiam legis perverti ait. Verum contrario plane modo, res ſe habet & expuncta illa particula tota ſententia legis inepta efficeretur. Scilicet hoc ibi tradit ICtus quoniam ex parte Lucii Titii ejuſque filiæ, ſtatum & conditionem Pamphili ignorantibus, omnia bona fide acta ſunt, ideo ſupereſſe actionem, quæ nulla futura eſſet ſi à domino ſervi denuntiatio interpoſita, adeoque illis conditio ſponſi cognita fuiſſet.

Lit. C. recte improbat Hottom. qui *in l.* 26. *§. 1. in fin. h. t.* legendum eſſe vult, *depoſiti modum non excedere*: ſiquidem ea lectio repugnat diſertis verbis *l.* 24. *eod.* ubi iſta conventio excedere dicitur notiſſimos depoſiti terminos: cæterum non explicat Treut. nodum qui ſupereſt *in d. §.* 1. quoniam ſiquidem contractus iſte depoſiti modum & naturam excedit, male ICtus ad concedendam actionem depoſiti concludere & inferre videtur: neque aliud dici poteſt, niſi quod hoc ipſum præſuppoſuerit ICtus, licet excedat depoſiti modum, non tamen planè & omnino in alium contractum abiiſſe, ſed quadã ratione adhuc depoſitum eſſe, & ut in f lit. C. ex Dd. tradit Treut. inſpecto initio & voluntate contrahentium, qualitatem aliquam depoſiti retinere, ut proinde recte actionem depoſiti competere, inferatur: quod & videtur animadvertiſſe Cuiac. *in d l.* 24. *lib.* 9 *quæſt. Papin.* & alias ſuccincta & obſcurior ſcribendi ratio Paulo cuius eſt *d. l.* 26. ſolet eſſe familiaris.

THESIS VII.

Hac th. non pauca peccat Tr. & inter ea primo loco, quod depoſitum regulare & irregulare confundit: etenim quod initio de uſuris ex mora præſtandis tradit, irregulari tantum depoſito convenit: ut proinde non recte adjecerit verbum *regulariter*: neque poſſis hoc referré ad th. præced. tum quod in irregulari depoſito uſuræ ex mora regulariter debentur, quin, quod alterum vitium eſt, etiam ex conventione: tum quod cætera hac th. propoſita pleraque depoſitum etiam regulare reſpiciunt. Male autem in exegeſi comparat quo ad hoc cætera bonæ fidei judicia in quib. ex mora debeantur uſuræ: quia hoc minime omnibus commune eſt, ſed in tantum, ex quibus debetur quantitas velut in locatione, emtione, ſocietate, mandato, &c. Quod in f. lit. A. de uſuris, quæ in ipſam actionem depoſiti veniunt, verum quidem in ſuis terminis, ſed ratio adjecta, quod ſortis uſuratùmque non ſint duæ actiones, generalis non eſt, ſed fallit in caſu, quo uſuræ ex ſtipulatione debentur: nec illa ratio adæquata eſt ad uſuras ex mora debitas, de quibus in th. agit Treut. ſed ead. obtinet in uſuris pacto adjecto promiſſis, quod in depoſito irregulari locum habet *l.* 24. *in fin. & l.* 26. *§. 1. hoc tit.*

LIT B.

Eum qui uſuras accepit, renuntiaſſe privilegiis depoſiti ait Tr. Verum id non recte ſubiicitur ad uſuras ex mora debitas quoniam illa tacita renuntiatio ad caſum quo uſuræ vel ex conventione initio facta, vel poſtea non uſu pecuniæ præſtitæ ſunt, pertinet, *l.* 7. *§ quoties* 2. *h. t.* Cæterum illi quod ex *d. §.* 2. præferri deponentes traditur, obiicitur *l.* 24. *§.* 2. *d. bon. aut. iud.* quæ poſt privilegia demum admittit deponentes. Diſtinguendi videntur tres caſus; ſi pecunia depoſita adhuc extat, jure vindicationis præferetur omnimodo deponens *d. l.* 24. *§.* 2, ſi pecunia non extat, aut accepit uſuras, & ceſſat privilegium, aut gratis fidem publicam ſequutus depoſuit, & aliis præfertur: quæ eſt ſententia Cuiac *ad l.* 8. *h. tit. lib* 9. *quæſt. Papin.* Verum quia difficile eſt, ut *d. l.* 7. *§* 2 *h. tit.* excipiatur de caſu pecuniæ extantis, malim ſequi gloſſ. *in d. l.* 7. *& Zaſ. in d. l.* 24 *§.* 2 qui *d. §* 2. explicant de privilegio hypothecæ reali: quod firmatur ex fine *d. §.* ubi

Digitized by Google

ubi dicitur ſi pecunia extet, futurum deponentem ante privilegia, ſcilicet etiam realia, quia de perſonalibus nulla dubitatio eſt. Facit quod *in* §. 1. de privilegio ejus qui in reſtitutionem ædificii credidit, proponitur, quoniam hic habet hypothecam *l. 1. in quib. caſu pignus ac.*

Adeoque verius eſt.] Ex eo quod uſuras accipiens, non præferatur, non ſatis recte videtur inferri, quod in depoſito irregulari non ſemper ſit locus privilegiis veri depoſiti: quia hoc ſpeciale eſt in eo depoſito irregulari, ex quo uſuræ acceptæ fuerunt. Cæteroquin verum eſt, quod privilegia depoſiti veri non inſint ſemper depoſito irregulari, adeo quidem ut non recte putem Tr. uſum eſſe particula, ſemper: quoniam cum hoc depoſiti genus re ipſa mutuum potius ſit, ratius & pauciſſimis caſibus in eo privilegio depoſiti locum habebunt. Eoque defendam privilegium quod lit. C. proponitur, de compenſatione, ad depoſitum irregulare non pertinere: Illud autem ead. lit. C. liquidum, quod iterum inculcat quam dubium, etiam ante Juſtin. depoſito compenſationem objici non potuiſſe, de quo dictum diſp. præced. th. 7. Et hoc tamen hic addendum, ſi conſideretur hoc ad rationem juris veteris, privilegium hoc non eſſe, ſed eſſe tantum ex jure novo, juxta notata diſputat. præced.

LIT. D.

Aliud hic proponitur depoſiti privilegium, quod inſtrumentum depoſiti paratam habet executionem. Equidem hoc admitto, in actione depoſiti hoc eſſe ſingulare, ut cum depoſitarius, utpote nullum jus in re habens, nihil prætendere poſſit, celeriter juxta conſtitutionem Juſtin. & quaſi ſummatim cognita cauſa facienda ſit reſtitutio: ſed admittam amplius, quod Treutl. ait, non poſſe objici rei non datæ exceptionem, cum prætere m vix fingi poſſit, ut quis fateatur ſpe futuræ dationis ſe accepiſſe depoſitum. Verum ſententiæ à Treut. propoſitæ alii plures ſunt effectus, & præcipue, ut nec libellus nec ſententia requiratur, ſed ſtatim ab executione incipiatur; quæ licet ſententia Bart. ſit *in l. quis* 11. *C. h. t.* quam ibid. magis probat *Caſtrenſ.* veriorem tamen omnino puto ſententiam Bald. *in d. l.* 11. in quam magis inclinat Salicet. *ibid. num.* 1. quoniam cum inſtrumentum probationis cauſa conficiatur, videri non poteſt, nec per ejuſmodi inſtrumentum, nec per conſtitutionem Juſtin. ſublatus actionis depoſiti uſus: & porro idem in teſtibus, & amplius in aliis quoque contractibus ſtatui poſſet.

LIT. E.

Aliud hic privilegium eſt, quod depoſitario condemnato non dentur quadrimeſtres induciæ ad faciendum judicatum. Atqui ut aut quæritur de depoſito proprio cum ipſa res & ſpecies depoſita reſtitui petitur & privilegium hoc non eſt, quoniam idem eſt in omnibus actionibus, ſive in rem ſive in perſonam, ex quibus ſpecies vel corpus certum, quod penes reum extat, reſtituendum venit: aut de depoſito irregulari, & contra Treutl ſtatuam, cum hoc inſtar mutui ſit, inducias illas condemnato dandas eſſe; quod idem ſtatuam, ſi re perdita vel corrupta, ad æſtimationem reus condemnetur: & porro amplius idem dicam, ſi propter dolum vel contumaciam rei in litem fuerit juratum, quia hoc modo quaſi vendi res videtur: ut non obſtet, quod afferri poſſit de dolo & contumacia rei, quæ juramentum hoc inducit: quia hæc diverſa eſt à condemnatione & induciis, & cum ſatis juramento illo contumacia coerceatur, non debet propterea tempus illud quadrimeſtre reo denegari. Cæterum circa eandem tractationem non videtur ſatis apte aut vere traditum, ubi in litem juratum eſt, ſtatim reſtitutionem eſſe faciendam: ſiquidẽ hoc caſu non de reſtitutione rei ipſius, ſed de æſtimatione præſtanda quæritur, & utique nulla ratio erat, cur privilegium iſtud quodammodo ad caſum præſtiti juramenti in litem reſtringeret.

LIT. F.

Privilegium hic propoſitum procul dubio fallit in depoſito irregulari, vel ubi de æſtimatione præſtanda agitur: poſito autem caſu rei extantis ſpeciale privilegium hoc non eſt, ſed omnibus actionibus commune, quibus res noſtras, ſive jure vindicationis, ſive actionis perſonalis v. c. ex commodato vel locato perſequimur, de quo etiam inf. *part. 2 diſp. 24. th. 7.*

THESIS VIII.

De Etymologia quæ traditur lit. A. contendere ſupervacuum videtur De definitione agit lit. C. & ait eleganter probari a Gœdd quod *leg.* 110. *de V. S.* perfecta ſequeſtri definitio tradatur. Verum ICti in tradendis accuratis definitionibus nunquam laboraverunt, & plane exiſtimo ICtum *in d. l.* 110. deſcribere potius quam exacte defi-

definire voluiſſe? utique quicquid argutemur definitio illa non convenit ſequeſtro neceſſario: nam quod dici poſſit, quatenus res in judicium à partibus deducta & in judicem conſenſum eſt, neceſſariam ſequeſtrationem ab ipſis factam videri debere, id tamen nimis longe petitum, & nimis durum eſt, ut à parte factum dicetur, quicquid fit à judice etiam parte invita, quod de hac ſequeſtratione ipſe Treutler. affirmat. Utitur Gœdd. & hoc argumento, quod ſequeſtratio ſit contractus, omnem autem contractum à pluribus & ab ipſis quorum intereſt fieri conſtat. Verum falſum eſt quod aut omnis ſequeſtratio, aut omnis depoſitio contractus ſit, quod quidem genus de ea tantum depoſiti ſpecie quæ conſenſu partium fit, prædicari poteſt: neque vero ſi una ſpecies ſequeſtri contractus eſt, protinus etiam alteram eſſe conſequitur: quod exemplo novationis, quæ alia voluntaria, alia neceſſaria eſt *l. 29. d. novation.* item pignoris, quod & conventione & ex officio magiſtratus conſtituitur, oſtendi facile poteſt. Nec majoris momenti eſt altera Gœdd. ratio, qua ſequeſtrationem neceſſariam contractum eſſe probare conatur exemplo ſtipulationis prætoriæ, ad quam probandam quis cogi poteſt. Etenim reſpondeo 1. quod nemo præciſè ſtipulari vel promittere cogatur. 2. quod edictum prætoris imponat neceſſitatem conditionatam, ſtipulationem autem non à prætore, ſed ab ipſis partibus interrogando & reſpondendo perfici: & hinc 3. quod non ea tantum ſequeſtratio neceſſaria dicatur, quæ autoritatem judice interponente à partibus fit, quin imo hæc ſequeſtratio revera neceſſaria non eſt nec dici ſolet, ſed quæ fit mero officio judicis etiam partibus invitis Clemen. *und. ſequeſtration.* adeo ut etiam ſequeſtratio puellæ nubilis à Dd. admittatur, ut poſt alios notat Bernhard. Gräven. *ad lib. 1. obſervation.* Gail. *concluſ.* 112. *conſid.* 1. Quod autem otioſè hic repetit de rebus, remittimus *ad th. 4. lit. D.*

THESIS IX.

LIT A.

Ait in voluntaria ſequeſtratione poſſeſſionem transferri poſſe. Atquin idem eſt in neceſſaria: & quod ſequitur lit. B eo caſu partium uſucapionem interrumpi (licet rectius dixiſſet, partis, quia duo uſucapere non poſſunt.) neceſſariam connexionem non habet: quoniam ita ſequeſter poſſidere poteſt, ut ejus poſſeſſio victori proſit, vel ut nihilominus deponens quoad effectum uſucapiendi pro poſſeſſore habeatur: exemplo creditoris qui licet vere poſſideat, debitoris tamē uſucapio non interrumpitur, ſed quoad iſtum effectum perinde habetur atque ſi creditor poſſideret pro alieno *l. 1. §. 15. d. acq. poſſ. l. 13. in pr. & l. 16. d. uſuc.* quo etiam pertinet quod jacens hæreditas quoad effectum continuandæ uſucapionis pro poſſeſſore habetur *l. Certam 40. d. uſuc.* Illud adhuc peius ead. lit. B. infertur aut concluditur, quod partes in dubio voluerit tranſire poſſeſſionem. Licet enim hoc alias defendi poſſit, attamen præmiſſis vitioſè ſubjicitur; quoniam ſi non aliter tranſit poſſeſſio, quam ubi partes volunt, quod ait Treut. hac ipſa lit. B. conſequitur eam non tranſire ex natura ſequeſtri, quod autem ex natura contractus non eſt, in dubio non præſumitur, adeoque potius in dubio poſſeſſionem non tranſire concludendum erat: quod conſequens eſt illis quæ tradit ipſe Tr. 1. transferri poſſeſſionem, quoniam inde regulariter non transferri colligitur. 2. interrumpi eo caſu uſucapionem, cum utique nemo indubio ſibi præjudicare, & præcipue quoad effectū interrumpendæ uſucapionis poſſeſſionem omittere velle præſumatur. De re ipſa autem, an & quatenus poſſideat ſequeſter, ad explicationem *l. 17. h. t. & l. 39. d. acq. poſſ.* agemus infra *p. 2. diſput. 21. th. 4.*

LIT. C.

Ait valere conventionem, ut debitoris omnia bona non ſequuta ſatisfactione ſequeſtrentur. Mihi hæc ſententia ex ratione juris noſtri vera non videtur: equidem ultro nemo omnia ſua bona in ſequeſtrum dederit, nec poſſit ea eſſe vera ſequeſtratio, quippe rei non controverſæ, quam ſpecificam ſequeſtrationis ipſe ponit Tr. & judicialis ſequeſtratio regulariter etiam in re ſingulari prohibita eſt tantum abeſt, ut univerſorum bonorum ſit concedenda. Neque apparet ulla actio, qua creditor hoc obtinere poſſit, ſiquidem pacta adjecta formant actionem ſed quæ ſunt ſecundum naturam contractus, quin mutuo adjecta plane non inſunt: neque video quomodo aut actio ipſius contractus, aut etiam præſcriptis verbis huc accommodati poſſit, cum non ſit indulgendum malitiis, nec creditoris interſit, qui potius debitum ſuum perſequi, judiciarium exequendi morem obſervare debet. Facit quod ſequeſtratio per ſe odio-

Digitized by Google

odioſa,& in his terminis cum infamia debitoris futura ſit, & quod debitores inopes nullum non pactum admittere coguntur.

Lit. D.

Sequeſtrum Eccleſiæ vel beneficii cui jus patronatus adhæret, interim conferre poſſe affirmat. Id ex eo dubium videtur, quod ſequeſter nudam tantum cuſtodiam vel poſſeſſionem habet. Neque valde movet ratio, qua poſt Dd. *in l. 17. h. t.* utitur Coſtal. quod alias diuturnior poſſit eſſe vacatio: etenim ſiquidem judicialis ſit ſequeſtratio, ejus omnino conferre eſſe dicam, penes quem fuit poſſeſſio, imo ex ſententia Tr. *th 11 lit. G.* adhuc exiſtit: quod hæc ſequeſtratio ex ſe prohibita ultra finem cui deſtinata eſt non extendi neque operari, nec effectus poſſeſſionis illos patri cum injuria auferre debet. Sequeſtratio voluntaria, ſi de poſſeſſione alterutrius conſtet, itidem jure conferendi non privabit, ſin poſſeſſio dubia fuerit, ad utrumque jus conferendi defendendam pertinere.

THESIS X.

Lit. A.

Ait quod cuſtodia diligens ſit communis toti generi depoſiti Ubi aut valde abuſive, & contra uſum juris accipitur verbum *diligentia*, aut hoc quod affirmat, falſum eſt: ſiquidem Juſtin. *in §. 3.* quibus modis re con. obl. etiam negligentem depoſitarium excuſatum eſſe affirmat: neque ſequitur ſequeſtrum eſt depoſitum, ideo in id venit diligens cuſtodia, ut maxime hæc in depoſito ſpeciali requireretur: & tamen haud ſcio an hac in re diverſa depoſiti ſpecialis & ſequeſtri ſit cõditio, niſi forte ipſa rei ſequeſtratæ conditio, quę cura & cultura indiget, majorem diligentiam expoſcat.

Lit. B.

Jus diſtrahendi tantum permiſerim ſequeſtro, quoad fructus, non autem in altero caſu, quem Tr. hic proponit, ſi cuſtodia rei diſpliceret bono patrifam. quoniam ſequeſtro nudo cuſtodi, & ad ſummum ſimplici adminiſtratori, arbitrium hujus rei permittendum non eſt, cum fortaſſis litigantium alterutrius vel ratione affectionis, vel alias ob cauſas rem ipſam potius habere intereſſe poſſit. Illud hac theſi methodi vitium eſt, quod cum hæc ſicut & præcedens theſ. ad voluntariam ſequeſtrationem referenda ſit, ſiquidem ſeq. demum theſ. de judiciali tractare incipit, pleraque tamen th. etiam judiciali conveniunt, quin imo id ejus proprium eſt, quod lit. C. circa ejus finitionem, cognitione judicis opus eſſe ait, quæ ſane in ſequeſtratione voluntaria nullo modo neceſſaria eſt: licet & in judiciali præciſe neceſſaria non eſſe videri poſſit, cum tantum intereſſe partium ſpectari videatur. Attamen ſequeſter rem à judice ſibi concreditam citra hujus conſenſum vix partibus reſtituet: judex tamen parte utraque conſentiente reſtitutionem facile decernet, neque eo caſu juſtiſſima cauſa, quam requirit Tr. opus erit, ſed tum demum, ſi judex parte contradicente ſequeſtrum relaxare velit. Illud autem male cohæret, quod ſtatim ſubjicitur, *adeoque actione depoſiti contraria ſequeſter id conſequetur*: quoniam hoc eo pertinet, ut re diutius extracta ſequeſter exonerationem ab officio obtinere poſſit: quamvis hac in ſpecie & in caſu citatæ *l. 5. §. 2 h. t.* non tam actionem ordinariam, quam officium judicis inſtituere & implorare debere ſequeſter videatur, quia contra ipſum Judicem vel Magiſtratum non niſi inepte actio moveatur: & ipſe Tr. *th. 12.* ſolo decreto judicis hoc ſequeſtrum tolli affirmat. Neque adeo movet exemplum fidejuſſoris *ex l. Lucius. 38. §. 1. manda.* quia hic actione contraria mandati ad exonerationem à fidejuſſione obtinendam expetitur. Plane ad expenſas, ſi quas ſequeſter fecit, obtinendas, actio iſta utilis erit.

Lit. B.

Et quidem tantum.] Particula hæc taxative rectius omittitur: quia vel maxime hoc an ſequeſtrationi neceſſariæ locus ſit, arbitrio judicis permittendum eſt, neque hic præciſe certi caſus ſtatui & definiri poſſunt.

Ex cauſa prodigalitatis.] Abutitur hoc verbo, quoniam in vere prodigo nulla dubitatio eſt, & pertinet hoc tantum ad caſum, quo periculum eſt, ne res ipſa petita à poſſeſſore corrumpatur, vel fructus ex ea percepti diſſipentur, de quo caſu tractatur *in cap. 3. de ſequeſtr. & à Gœdd. ibid.* ut proinde eodem referri poſſit lit. C. traditus denegatæ cautionis caſus, qui proponitur *in l. 16. in fin. d. offic. præſi & in l. 7. §. fin. qui ſatisdar. cog.* neque dubium videtur, quin etiam *in caſu d. c. 3.* præſtita cautione ſequeſtratio ſit ceſſatura.

Lit. C.

Non huc pertinent caſus.] In ſpecie citatæ *l. 1. §. 19. de collat.* revera quidem & proprie ſequeſtratio non eſt, nec ibi res litigioſa, illa tamẽ propter defectum cautionis curatoris conſtitutio ſequeſtrationi non abſimilis: & ei magis etiam affinis in ſpe-

Digitized by Google

in ſpecie *l.20 §.1 C.de agri. & cenſ.* fructuum depoſitio,quippe quod ibi fundus ſit litigioſus, & fructuum ratione *in d.c. 3. de ſequeſtrat.* admittatur ſequeſtratio ; & aliàs nec *in caſu l.ultim.C. quib.ad libert.proclam.*contra ſententiam Treutl. ſequeſtratio futura ſit , quod ibi principaliter non de rebus poſſeſſis. ſed de ipſo ſtatu controverſia eſt. Neque rectè citatus Goedd. in eo caſu ſequeſtrum magis voluntarium eſſe ſtatuit, ex vitioſa ratione, quod ibi permittatur colonis fideiuſſores dare? vel quia forte propter inopiam fideiuſſores invenire nequeunt, ex qua cauſa in ſpecie *l.7 §.fin.qui ſatis dar. cog.* ſequeſtratio neceſſaria & rei petitæ apud officium depoſitio admittitur : vel quia etiam neceſſariam ſequeſtrationem regulariter ſatisdationis præſtatio & impedit & tollit. Cæteroquin rectè *Goedd. ibid. conciliat. d.l.leg.20.in princ.ip. cum l.25.Cod.locat.* per diſtinctionem colonorum, quam etiam ipſi textus & res ipſa ſuppeditant : quia alia ratio eſt colonorum , qui annua penſione colunt,*d.leg. 25.* alia eorum, qui ſub poſterioribus Impp.primò emerſerunt , & qui conditione ſua terram, cui adjecti ſunt,colunt,& terram,ipſam quaſi dominam habent & agnoſcunt:licet hæc aliter & malè explicet *Coraſ. 3.miſcel.*

LIT. E.

Non metus armorum.] Equidem non eſt ſecundum veram juſtitiam, ut ex hac cauſa alteri poſſeſſio auferatur , ſed potius quiſque in ſua poſſeſſione defendendus , & alterius injuſta violentia coercenda eſt. Attamen cum hoc totum arbitrarium ſit, aliquando ob circumſtantias hoc admitti minime abſurdum videatur, imo nec contrarium juri civili, præſuppoſita noſtra reipubl.forma, in qua aliquando partes velut principes Germaniæ, autoritate magiſtratus ordinarii propter potentiam ſuam ſatis coerceri non poſſunt, & tamen pertinet conſtitutio Imperii ad caſum,quo uterque ſe poſſeſſorem contendit: ſuper quo cum ſententia non mature ſatisfieri poſſit,nihil iniqui eſt, interim poſſeſſionem ſequeſtrari,dum de jure poſſeſſorio cognoſcatur.

LIT. F.

Non caſum ſevitiæ mariti.] Caſus iſte non ſatis bene huc referri videtur,quia non eſt controverſia de re litigioſa inter duos : niſi quis impropriè dixerit, uxorem ſuiipſius controverſiam marito movere. Planè *per c.ex tranſmiſſa,* nec ſibi relinquitur mulier,nec marito reſtituitur,ſed matronæ, quæ ſane ſequeſtra videtur,cuſtodienda datur:rectius ſane quam curatori,ut Treut.cenſet, cum periculoſum eſſe poſſit, ovem committere lupo,& eiuſmodi ſequeſtro , qui alterum in poſſeſſione turbaret , & ipſe fructus pro quibus reſtituendis nulla cautio præſtari poteſt percipere.

LIT. G.

Ait ex re ſequeſtrata fructus præſtandos eſſe parti, quia cum non tollatur poſſeſſio , conſequenter nec eius effectus. Ubi multa notari poſſunt. 1. quod etiam aliquando ex cauſa neceſſariæ,ſequeſtrationis poſſeſſio tranſire poteſt. 2. quod Treutler. in exegeſi hoc ipſum reſtringit ad caſum partis egentis , quod ſi ratio bona eſſet,in omnibus idem obtinere deberet 3.quod in caſu rei ſequeſtratæ regulariter etiam fructus in ſequeſtro manent , tum argument.eius quod tradit Tr. *ib.præced.lit. B.* tum quod propter ſolam fructuum diſſipationem ſequeſtratio conceditur *in cap.3. de ſequeſtrat.* ſiquidem cum ipſa re petita etiam fructus veniunt reſtituendi,quoniam & malæ fidei poſſeſſor & creditor , qui revera poſſident,fructus ſuos non faciunt,& ex adverſo conductor,fructuarius &c. qui non poſſident,fructus acquirunt & ſuos faciunt , de quo infra *p.2.diſp.21.*

THESIS XII.

LIT. A.

Quod ſolo decreto judicis ſequeſtrum hoc tolli affirmet, ſimpliciter admittendum non videtur,ut videlicet parte invita , cujus intereſſe verſatur ſequeſtrum,aut citra ſatisdationem relaxet,vel etiam adverſarium ad cautionem juratoriam admittat : quoniam verſatur hac in re non tam nobile,quam mercenarium judicis officium , ut proinde fortaſſis nec ſufficiat perſonam à judice fide dignam exiſtimari ; & alia ratio eſt cautionum aliarum , quæ circa conſtitutionem judicii,de perſequendo litem,judicio ſiſtendo & cætera præſtantur , ubi in ſubſidium cautio juratoria admittitur , quod aliter parti conſultum eſſe nequeat, hic autem nihil prohibeat rem relinqui penes ſequeſtrum: cum præſertim in ſpecie hoc caſu ſatisdationem jura requirant,quæ non fit niſi per fideiuſſores: qua de cauſa parum ſubtile eſt,quod lit. B.& C Treutl. ait, tolli ſequeſtrum per ſatisdationem, in eoque non ſufficere cautionem juratoriam;quoniam iſta cautio nec ſolet nec poteſt dici ſatisdatio,

juxta tradita ſupra *diſput.5.th.2. lit. A.* Cæterum d. lit. B. limitatio, *niſi ſatisdatio ſufficiens interponatur*, non cohæret cum eo, quod præmiſit, tolli ſequeſtrum judicis decreto, & omnino legēdum, *ſi ſatisdatio &c.* vel potius, *aut ſi ſatisdatio*: ut ſc. hic alter ſit caſus, quo tollitur ſequeſtrum judiciale: licet minus recta ſit oppoſitio, quod ſimplici ſatisdationis præſtatione citra autoritatem judicis vix hoc obtineri, poſſe videatur. Cæterum cum Treutl. tribus tantum caſibus ſequeſtrationi faciat locum, de duobus, prodigalitatis & ſtatus incertitudinis nec dubitatio eſt, & in tertio res deciſa videtur per *l.7.§. ult. qui ſatiſdar. cog.* ubi eo caſu tantum, quo perſona ſuſpecta, eſt, rem ſequeſtrandam eſſe reſpondetur. Illud quoque de graſſandi facultate lit. B. minus huc pertinere videtur: quod cum ſequeſtratio hæc extra ordinem & quaſi contra rationem juris in caſu neceſſitatis permittatur, tanto facilius & indiſtincte præſtita cautione eam ceſſare vel tolli ſtatuendum eſt: maxime cum ſequeſtratio vix fiat univerſitatis, ſed corporis alicujus, cujus reſtituendi nomine ſi idonee caveatur, nihil intereſſe videtur actoris, ſi reus in bonis ſuis pro libitu graſſetur.

THESIS XIII.

Abuti videtur lit. A. appellatione actionum civilium, quæ in uſu juris prætorijs opponi ſolent: neque video hic quæ ſit actio prætoria, niſi ubi ex cauſa in incendio vel naufragio facti depoſiti contra infitiantem agitur in duplum. Cætera lit. B & C. ex ſe perſpicua ſunt, & omnibus ex contractu actionibus communia, ut perpetuæ ſint & pro portione hæreditaria tranſitoriæ: ſed lit. C. in verbo, *individui*, homonymia latet, quia alias individua ſolent dici, v. c. facta & jura, quæ nullo modo præſtationem partis recipiunt, juxta *l. 2. §. 1. de V. O.* ſed in *l.1. § 36. h.t.* quem non niſi cauſà *Ant. Fab. 12. conject. 16.* Triboniano adſcribit, ſimpliciter pecunia numerata corpori vel ſpeciei opponitur, quæ alias pro parte indiviſa præſtari poteſt *in d.l.1. § 1.* Plane *l. ult. C. h.t.* nec valde elegantem habet caſum, & huc non pertinentem: quia deciditur, quod contra hæredem, qui partem ſuam exegit, ſi poſtea res pereat, vel aliàs à debitore inope præſtari nequeat, nullum cohæres habeat regreſſum.

Lit. E.

Duos hic proponit & ſibi opponit Tr caſus quibus actio depoſiti in duplum detur, ſi reus neget, & ſi neceſſitatis cauſa depoſitum ſit. Quorum caſuum ſi recta oppoſitio eſt, ſequetur, 1. etiam in depoſito ſimplici ex cauſa inficiationis condemnationem creſcere in duplum. 2. in depoſito neceſſitatis etiam citra inficiationem in duplum fieri condemnationem. Atqui quoad poſterius hoc abſurdum eſt eum qui beneficium præſtitit in duplum teneri, niſi hoc ita explices, quod cum fere non niſi præcedente interpellatione actio inſtituatur, contra negantem extrajudicialiter actio in duplum dictari poſſit: quod tamen fallet: ſi reus vel juſtam ignorantiæ, quia forte heres eſt, cauſam prætendere, vel propter impenſas factas jure reſtitutionem depoſiti recuſare poſſit. Prius autem illud falſum eſſe puto: tum quia citra textum in pœnalibus extenſio facienda non eſt, tum quia hac ratione nulla hic inter ſimplex & neceſſitatis depoſitum eſſet differentia, contra text. *in l. 1. §. 1. h. t.* quo ipſo ſententia illa, quam Treutleri verba præ ſe ferunt, confutatur, ſicut & ex Paulo 2. ſent. 12. Ex cauſa depoſiti inquit, Lege XII. tabb. in duplum actio datur, edicto prætorio in ſimplum. Neque enim hic Tr de actione illa priſca & deſueta ex XII. tabb. agere videri poteſt. Neque obſtat *§. ſed furti. 26. Inſtit. de action.* quoniam ipſo verbo, interdum Juſtin. ſpeciem illam depoſiti neceſſitatis deſignat. Illud certum eſt, quod lit. F. condemnatum infamia notari ait: licet non recte tantum faciat mentionem doli, cum idem procul dubio obtineat, in caſu latæ culpæ: licet ſimpliciter recte dicatur, condemnatum ex cauſa depoſiti fieri infamem, quoniam tantum ob latam culpam vel dolum actio depoſiti inſtituitur: niſi forte Tr. illos caſus, intelligit, quibus juxta notata th. 2. ex pacto ſive expreſſo ſive tacito depoſitarius ob levē vel leviſſimam culpam convenitur, ex qua cauſa infamem fieri condemnatum videatur abſurdum, de quo etiam actum aliquid ſupra diſp. 8.

Lit. H.

Ait, quod in ſequeſtrum non ſit actio doli & præſcriptis verbis, & tamen in allegatis ſubjicit, non negandum eſſe, quin cum actione ex contractu poſſint concurrere. Quod generalius & obſcurius dictum explicandum eſt ex Gœd. qui cit. loc. actionem ſequeſtrariam cum actione præſcriptis verbis concurrere poſſe ſtatuit: quamvis juxta verba Treutleri concurſus etiam actioni, ſequeſtrariæ & actionis doli fuerit admittendus. Quod tamen verum non eſt, per *l.1. d. dol. mal.* quin nec verum puto, quod

præ-

Digitized by Google

præſcriptis verbis actio cum ſequeſtraria concurrat *ex l. 1 2. & 3. d. præſcript. verb.* & viderur ſibi Tren l. contradicere : ſiquidem contraria ſunt , non dari in ſequeſtrum hanc actionem, quod affirmatur in th & ramen concurrere cum actione ſequeſtri. Regulare utique eſt, ut ubi darur actio ex contractu ordinaria, ceſſet actio ſubſidiaria præſcriptis verbis. Neque obſtat *l. 9. §. ſi oleum. d. dol. mal.* quia ibi plane negatur actio ſequeſtraria, ut adeo fruſtra ad ejus concurſum cum alia actione probandum adducarur. Cæteroquin ratio illius loci hæc eſt, nõ quod ibi ſequeſtrum proprium non ſit, neque enim dubito, quin ibi conſenſu adverſarij res fuerit ſequeſtrata, ſed quia condirio depoſitionis nondũ extirit, quæ ratio juris facit, ut ex conrractu actio naſci queat , adeoque ad ſubſidiariam præſcriptis verbis actionem ſit recurrendum.

Illud denique ſatis liquidum videtur , quod lit. I ſalarium actione contraria peti poſſe negat, cum depoſitum ſit gratuitum : & Bald. quem malè pro diſſent. citat, quod ſequeſter mercedem cuſtodię accipere poſſit, recte affirmat, ſed eam actione ſequeſtri exigi poſſe non dicit: quamvis ſi ſalarium promiſſum proponarur, res dubitatione omni non careat, de quo agerur diſp. ſeq. th. 1. lit. E.

Ad

DISPUTATION. XXVII. DE MANDATO ET SOCIETATE.

THESIS I.

Lit. A.

IN definitione mandati ſuperfluæ ſunt differentiæ *Iuris gent. bona fidei, & ex conſenſu:* quoniam hæc omnia generi inſunt: & rectius fortaſſis & accuratius quis dixerit , mandatum eſſe contractum, quo quis aliud alicui gratuito expediendum cõmittit: vel reſpectu mãdatarij, quo quis aliquid ſibi commiſſum, gratuito expediendum ſuſcipit. Suo tamen quodam modo . mandatum, contra quam putate videtur Tr. lit. B. officium dici poteſt, cum ipſe Tr. hac thei. lit. E. hanc conventionem ex officio natam eſſe ſcribat. Subijcit porro ead. lit. B. multo minus excuſari, qui mandatum principis definiunt &c. Atquin hoc cum præced. ſive mandatum contractus ſive officium dicatur, nullam planè habet connexionem, neq; adeo fatui fuerunt Dd. citati , ut mandato juxta hanc tractationem accepto definitionem illam accommodarent. Eſt alioquin illa mandati principis definitio , & generis & differentiæ ratione vitioſa.

Ei quod mandatum bonæ fidei eſſe dixerat Tr. objicit in exegeſi, quod mandati fines ſtricte ſint cuſtodiendi. Quæ objectio nullius momenti eſſe videtur, quoniam non iſto, ſed diverſo plane reſpectu in uſu juris contractus bonæ fidei & ſtricti iuris eſſe dicuntur, non quod eorum limites obſervandi ſint vel non , ſed quod bonæ fidei contractus præſtationem uſurarum & fructuum admittant , & etiam quæ nec verbis contractus, nec formula comprehenſ. expreſſe ſunt , in iis tamen veniant & admittant, *infra de oblig. & conſenſ. in fin. l. 99. de V. O. juncto § 30. inf. d. action.*

Lit. E.

Ait, honorarium non vitiare contractum , quia autem huic contractui id neceſſario non inſit, ideo ex eo honorarij promiſſi exactionem non eſſe. In quo dupliciter peccat 1. quod ait , huic contractui neceſſario non ineſſe, cum tamen plane non inſit, & mandatum gratuitum ſit, ut ipſe definit & eſt *in §. ult Inſtit. h. titul.* 2. quod infert, quia non inſit , ideo non eſſe exactionem ſalarij promiſſi: quia ut aliquid non inſit, ſtipulatione tamen comprehendi poteſt , imo hic ſtipulationum uſus eſt , ut partibus plenius caveatur: niſi ex verbis, *ex eo*, colligas quod Tr. de actiõe ipſius contractus mandati loquatur : & tamen nec ſic excuſatur Tr. quod etiam per pacta adjecta cõtractus natura & informari & ampliari poſſit. Et hoc ipſum agnoſcit Tr, dum ſtatim ſubiicit ſententiam eorum, qui admittunt exactionem honorarii , verã eſſe ſi pacto in continente adiecto de eo cõvenerit. Quibus verbis nõ animadverto, quomodo non priorem ſuam ſententiam , qua promiſſi honorarii exactionem negavit, deſtruat quoniam cum Tr. non poſſit accipi de pacto ex intervallo adiecto , per quod actionem contractus formari & ampliari non poſſe conſtat, utique de quare pacto in continenti adiecto conventum eſt, id utique promiſſum eſſe oportet. Sed quod rem ipſam attinet , de duobus hic dubitatur , an mandatario ſalarium promiſſum peti , & qua actione peti poſſit. Et ſi

ſtipulatio interpoſita & certum promiſſum ſit, res expedita eſt: ſed extra iſtum caſum ita definit Tr. quod aut promiſſum eſt incertum, aliquid ſalarii nomine, & nulla petitio datur: an certum aliquid, & etiam actione mandati, ſi pactum incontinenti fuerit adjectum peti illud poſſe, exiſtimat. Verum nec plena ſatis iſta diſtinctio, & utrumque hoc quod proponit, dubium eſt: & ut à poſteriori incipiamus, non eſſe locum actioni mandati videtur probari primo, quod ita in cauſam locati res abire videatur *arg. §. ult. Inſt. h.t.* Ubi tamen reſponderi poteſt, aliud eſſe mercedem, quæ pro exæquatione & compenſatione operæ conſtituatur, & faciat eſſe locationem: aliud honorarium, quod ex gratitudine remunerationis cauſa promittitur: quam differentiam mercedis & honorarii tradunt *Dd. gloſſ. Angel. & Joh. Fab. in § ult. h.t.* adjecta etiam hæc, quod locatio & merces dicatur de factis locari ſolitis, honorarium de factis locari non ſolitis, de qua diſtinctione factorum agetur infra diſp. 29. th. 1. Deinde non dari actionem mandati probatur *ex l. 1. C. hoc tit.* ubi ſalarium promiſſum dicitur pertinere ad cognitionem prætoris, id eſt, juxta rationem juris antiqui, petendum eſſe extra ordinem: Quoniam ita dum prætor extra ordinem cognoſcere dicebatur, cognitiones prætoriæ & actiones inter ſe opponebantur, quo pertinet *l. 1. §. 2. de rei vind.* in eoque ignorantia veteris juris lapſi ſunt *Bald. Caſtrenſ. & alii in d. l. 1. C. h. t.* ubi notant cautè ibi loquutos Imperatores, quod non ſimpliciter, ſed cauſa prius cognita ſalarium promiſſum debeat decerni. Dixerit forte quis ita diſtinguendum, ut nomine quidem honorarii ſolius ex adjecto pacto mandati agi non poſſit: cæterum ubi aliàs propter ſumptus vel alias cauſas actio contraria locum habet, eam quoque ita informari extendi pacto iſto poſſe, ut honorarium tanquam conſectanium quoddam in illam veniat. Verum hæc ſententia probanda non videtur: vel quod jus exigendi honorarium non debet pendere ab accidenti, vel quod quibus caſibus pactum adjectum contractui ineſt, ita ineſſe intelligitur, ut etiam ſolum illud quod pacto continetur perſequi liceat. Si ſententiam Treutler. ſequimur, duplex reſponſio dati poſſe videtur ad *dict. leg. 1. C. h. tit.* altera quod *dict. leg. 1.* ſit accipienda de caſu quo pactum in continenti adjectum non fuit: etenim ut locus ſit cognitioni prætoriæ, quæcunque promiſſio ſufficit, quod cognitio illa non deſcendat ex obligatione: Altera quod aut talis ſit perſona quæ gratis & aliàs id factura fuiſſet, aut quæ non niſi pro mercede vel ſalario: ut hoc quidem caſu pro qualitate factorum aliarumve circumſtantiarum actione aut locati aut præſcriptis verbis, aut extra ordinem, illo vero ſi pactum in continenti adjectum fuerit etiam actione mandati ſalarium peti poſſit. Quæ diſtinctio in terminis proponitur *à Bald. in dict. leg. 1. C. hoc tit.* ubi ita ſupplet. Gloſſ. quæ ad eand. *leg. 1.* ſimpliciter in caſu pacti adjecti actionem mandati concedit: ut hinc appareat, ſententiam illam, quæ in terminis jam poſitis actionem mandati pro ſalario concedit, à Dd. antiquis probari: pro qua duplex hæc ratio etiam afferri poteſt. 1. quod ſi actio depoſiti pacta ita informari poteſt, ut uſuras ea perſequi liceat, quod tamen magis adverſatur naturæ depoſiti *l. 24. & leg. 26 §. 1. depoſiti* etiam videtur informari poſſe actio mandati per pactum de præſtando ſalario, 2. *ex leg. 6. in princ. h. t.* ubi dicitur ſi remunerandi gratia honor intervenerit, eſſe mandati actionem. Attamen ad poſterius hoc reſponſio facilis eſt, quod hæc videatur ICti ſententia, non transformari hoc caſu mandatum, quod aliud honorarium ſit aliud merces: quod autem honorarium ipſa mandati actione peti poſſet, inde probari non videtur, vel *arg ſequent leg. 7 eod.* ubi ſicut *in leg. 1. C. eod.* ſalarium conſtitutum extraordinem peti propoñitur. Difficilius reſponderi poteſt ad prius, & hoc fortaſſis, quod facilius pacto informari poteſt actio directa quam contraria, quæ non ex natura contractus, qui principaliter mandantem reſpicit, ſed quaſi ex accidenti venit: vel etiam hoc, quod neceſſitatis quaſi ratio ſuaſit actionem depoſiti concedi, quod aliàs contra conventionis æquitatem uſuræ peti non poſſent hic autem procuratori vel mandatario alia ratione & perſequutione extraordinaria eſt conſultum: & notatum eſt ſupra *diſputat. 6. Theſ. 10. ex leg. 7 §. adeo. in prin. d pact.* ea pacta adjecta ineſſe, quæ ſunt ſecundum naturam contractus, ejuſmodi pactum ſalarii in mandato quod gratuitum eſt, non videtur: notatum & diſputat. præced. Theſ 6 depoſitum illud ex quo uſuræ petuntur eſſe plane irregulare, & ferè nomine tenus à mutuo diverſum: ut proinde quod circa illud conſtitutum eſt, ad conſequentias non videantur extendendum. Et hæc de altero illo, quod ex Treutler. proponebamus.

Digitized by Google

bamus, ſalarium actione mandati peti poſſe. Alterum erat Treutler. pronuntiatum, ſi incertum quid nomine ſalarii vel honorarii promiſſum ſit, id ne quidem extra ordinem exigi poſſe. Rationem ſubjicit Treutler. quod non magis hic aliquid peti poſſit, quam ex incerta ſtipulatione, puta ædium vel fundi: quod ſicut hoc caſu ideo nulla ſit ſtipulatio, quod rem minimam dando liberari poſſit promiſſor, ita quoque in noſtro hoc caſu rem minimam poſſe præſtari ab eo qui incertum ſalarium promiſit, quia ſatis videri poſſe, ſi etiam animo gratum ſeſe oſtendat, & ita gratias ut loquuntur, agat, vel habeat, licet non referat. Sed ne videamus ne hæc inter ſe ſint diſſimilia: vel quod alia ordinaria alia petitionis extra ordinem ratio eſt, vel quod ſtipulationem fundi conditio objecti inutilem facit, opera autem procuratoris à magiſtratu æſtimari poteſt: & cum propter operam præſtandam aliquid promiſſum ſit, non poteſt ſolo animo grato promiſſioni ſatisfieri (cæterũ quo ad ædes non ſatis caute earum ſtipulationem cum fundo conjungit Treutl. quia promiſſio ædium inutilis eſt, ſi promiſſor habet ædes *argum leg 71. in pr. diſt. legat.* 1. de quo alibi,) Et in terminis contra Treutl. facit *leg.* 1. §. 10. *d extraord. cognition.* ex qua ſalarium utcunque nullum promiſſum ſit, extra ordinem peti poſſe probatur, tantum abeſt, ut ille locus, de incerto ſalario explicari poſſit, facit *leg.* 13. §. 9. *C. de judic.* Neque obſtat *leg.* 17. *C. th. t. l.* 56. §. *pen. D. eod.* vel quia illa loca de actione ex ſtipulatu vel mandati explicari poſſunt, vel potius quia diſtinguendum eſt inter eos qui familiaritatis gratia operam præſtant, & aliâs etiam citra ullum ſalarium facturi erant, & inter eos qui tanquam ordinarii procuratores, v. c. in foro officium hoc tanquam artificium quoddam exercebant, & qui cum ſalarium nulla etiam præcedente promiſſione petere poterant, multo magis poterant qualicunque etiam promiſſione præcedente: quæ diſtinctio in terminis traditur *à Baldo in leg.* 1. *C. hoc tit.* ubi ita ſupplet gloſſ. quæ ibidem ſimpliciter negat actionem.

Ut aliquid ſummatim dicam, quæſtionis, an pro facto & opera præſtita aliquid & qua actione peti poſſit, deciſio pendet, ex qualitate contractus facti & perſonæ: contractus vel ſunt mercenarii vel gratuiti: facta vel ſunt locari ſolita vel non, & hoc vel quia ſunt honoratiora, vel quia ex illis nulla ad alium utilitas pertinet; perſonæ vel ex conditione ſua aliquid pro opera ſperant, vel familiaritatis gratia operam præſtant. Contractibus gratuitis ineſt conventio de aliquo accipiendo vel tacita vel expreſſa, & hæc vel de incerto vel certo: & hic ſi factum ſit locari ſolitum & promiſſa pecunia, in locationem §. *ult. Inſtit. mandati*, aliâs in contractum facio ut des negotium tranſit: quod idem obtinet ſi incertum promiſſum, & factum non locati ſolitum ſit *leg.* 5. §. 2. *d. præſcript. verb.* ex quo colligi poteſt idem eſſe ſi ex facto utilitas ad alium non pervenerit, alteri tamen aliquid abſit: quod ſi enim factum ſit honorarium, extra ordinem promiſſum petitur *leg.* 7. *hoc tit. & leg.* 1. *C. eod.* Quod ſi nihil omninò conventum ſit, nihil etiam peti poteſt, niſi aliud ſuadeat conditio & qualitas perſonæ, quæ propter officium aut artificium quod exercet commodi & lucri cauſa operam præſtare intelligitur, quam appello conventionem tacitam: idque accidit in artifice, advocato & procuratore extraordinario *arg. l.* 22. *de præſcr. verb. l.* 1. §. 1. *&* 10. *& l.* 4. *de extraord. cognit.*

Quorum operam olim.] Ex jam dictis conſequitur, verum non videri, quod Treut. hic ſimpliciter affirmat: quoniam hoc falſum eſt in iis qui quaſi mercenariam in foro & ordinariam navabant operam, qui licet mercedem certam non ſtipularentur, tamen poſt operam præſtitam ſalarium petere poterant, ſuper quo ipſis extra ordinem jus dicebatur: & jam oſtendimus falſum eſſe, quod Treutle. in ſpecie *d.* §. 10. ſalarium certum promiſſum fuiſſe reſpondet, cum præſertim ita ad pactum nudum ille locus eſſet reſtringendus, quod aliâs ex ſtipulatu vel actione mandati pacto informata uti licere ipſe ſtatuit Treutl.

LIT. F. & G.

Non ſatis animadverto, quamobrem hic contractus potius à mandatario quam à mandante appellatus videri debebat. Cæterum quod lit. G. ait, ſub fidejuſſoris nomine mandatorem contineri, non probatur ex cit. *l.* 6. §. 2. *h. t.* & triſſimum eſt, quod fidejuſſio fiat per ſtipulationem: & ſententiam illam ipſe quaſi deſtruit Tr. dum differentias utriuſque proponit, quæ utique fidejuſſori juxta Treut. propoſitionem in genere ſumto non poſſunt accommodari: alioquin differentiam illam, quod mandatum antecedat non evertit, quod in eandem ſententiam de fidejuſſore reſponſum eſt *in* §. 3. *Inſt. d. fidejuſſor* quia fide-

nem ob præſumptam perfidiam cuiuſmodi hic nulla eſt. 3. quia hoc ipſum tacite conventum cenſetur, ut depoſitarius faceret impenſas: quæ ratio eſt Bald. & Salicet *d. loco* ubi notant hoc deſcendere ex voluntate ipſius deponentis. Et has rationes fortiter omnino procedere puto in impenſis neceſſariis, de quibus in conſervationem ſcilicet depoſiti factis nominatim agit Treutl & citati Dd, qui exemplum proponunt depoſiti ſervi & equi, qui ut ipſi loquuntur, non poſſunt vivere de vento: facit quod impenſæ neceſſariæ rei quaſi conſtituunt partem, & tribuunt impendenti jus in re *argum. l. 38. d. petit. hered. & l. 5. d. impenſis in res dot.* idque amplius confirmat, quod Juſtin. *in l. un. Cod. d. rei uxor. action §. taceat. §. verſ. ſed nec*, cum omnes removerit exceptiones, tamen impenſas neceſſarias excepit. Neque obſtat *l. ult. Cod. d. compenſat. & l ſi quis. 11. Cod. h. tit.* quæ accipiendæ ſunt de compenſatione vel retentione, ex diverſa cauſa, & ad illos caſus referendæ, in quibus depoſitarius jus in re ipſa non eſt adeptus, quod per neceſſarias impenſas eum conſequi jam oſtenſum eſt. Cæterum de impenſis utilibus facile admiſerim Treutl. ſententiam *argum. d. l. 5. verſ. ſed nec. Cod. d. rei uxor. action.* & præcipue quod eiuſmodi impenſas facere ad officium depoſitarii non pertinet.

Quod ſi fidei commiſſum.] Probat hic explicationem Anton. Fabr. *ad l. 26. in pr. h. t.* ubi in ea ſpecie tanquam ex fideicommiſſo, non vero actione depoſiti res illas petendas eſſe putat, Mihi vero illa ſeutentia, ut pote & à verbis & à titulo aliena, non ut Treutl. eam appellat, pulchra neque vera, ſed duplex Dd. interpretatio magis videtur probabilis: quarum prima eſt, quod actio depoſiti ibi detur filio tanquam heredi, q; licet alios quoque heredes ab inteſtato fuiſſe proponatur, merito tamen propter voluntatem matris filio illi, quem itidem hæredem fuiſſe præſupponendum, actio in ſolutum danda ſit. Altera eſt quam Salicet. & alii *ad. d. l. 26.* magis ſequuntur, quod ex voluntate & conventione matris filio utilis actio commodetur tum propter affectionem & conjunctionem perſonarum, ob quam aliis quoque caſibus alteri actio datur, tum quia ex contractu reali, facilius alteri paratur actio *per l. 8. C. ad exhibendum, juncta l. 9. §. pen. d. reb. cred.* facit quod poſſeſſio per actum traditionis naturalem alteri quæritur *l. 1. §. per procuratorem 20. ubi id notat Zaſ. d. acquir. poſſeſſ.* Cæterum an perſonæ affectio, ita enim legendum eſt, alteri actionem faciat acquiri, quam quæſtionem alio remittit Tr. videbimus infra part 2. diſput. 27. th. 2.

THESIS VI.

Fit tamen, ait in pr. Tr. aliquando, ut non idem ſpecie, ſed genere reſtituatur, Non ſatis accurate, quia hoc non fit ex depoſiti natura, ſed cũ ejus notiſſimi termini exceduntur *l. 24.* & dicendum potius erat, præcedentia obtinere in depoſito regulari, & inde de irregulari ſubjiciendum aliquid, licet fortaſſis tectius th. 1. propoſitæ qualitati depoſiti de eod. reſtituendo, hoc exceptionis loco ſubjectum fuiſſet. Scilicet ne fraus fieret conventioni partium præcipue de præſtandis uſuris, quæ ex mutuo non debentur citra ſtipulationem. receptum videtur, ut pro depoſito habeatur, ut fortaſſis non recte Tr. hac th. lit. C. quaſi per ampliationem proponat etiam tum hoc obtinere, ubi de uſuris convenit. Referenda autem huc eſt *l in navem. 31. locat. verſ. idem juris.* ubi proponitur hæc ſpecies depoſiti, ſi pecunia detur non obſignata an tantundem renumeretur; ut videri poſſint duæ ſpecies eſſe depoſiti irregularis, altera cum pacto expreſſo de utendo & uſuras præſtando, altera cũ tacito, ſi pecunia non obſignata detur, ut tamen utroque caſu initium contractus fiat à deponente, cum alter pecuniam nec petat neque ea egeat, quod alias utique mutuum futurum eſſet. Illud hic quæri poſſit, an eod. modo his caſibus dominium ſicut in vero mutuo transferatur: & ratio ſuadere videtur, ut dicamus non traditione, ſed conſumtione demum accipientem dominum effici, quod alias depoſitum, quod titulus transferendi dominium non eſt, omnino conſiſtere non poſſe videatur. Attamen pro Treutl. qui lit. C. aliud ſtatuit, facit *argum. ex l. 4. de reb. cred.* ubi in caſu non diſſimili pecunia dicitur eſſe periculo accipientis *in d. l. 31. verſ. idem locati* hoc caſu incteditum iri affirmat ICtus. Porro ut perſequamur hanc tractationẽ, eadem lit. C. Treutl. hanc ſpeciem irregularis depoſiti proponit, ſi poſt depoſitam pecuniam numeratam convenerit, ut depoſitarius pecunia utatur. Atqui *ex l. 9. §. ultim. de reb. cred.* hoc mutuum eſſe probatur: & cum hic excedantur depoſiti limites, hoc potius reſtringendum videatur, & quidem ad duplicem caſum. 1. ſi pecunia hac lege fuerit depoſita, ut ſi ea depoſitarius utatur, præſtet uſuras, 2. Si pecuniæ de-

Google

depoſitæ ipſe depoſitarius uſum rogaverit & uſuras obtulerit juxta *l.* 24. & *l.* 26. *h.t.* cæteroquin eſſe mutuum ſtatuemus. Attamen *l.* 10. *de reb cred.* etiam in priori caſu pecuniam mutuam fieri probat neque quid reſpondeam aliud habeo, niſi quod irregulare etiam depoſitum de quo agitur in *d. l.* 24. *h tit.* quatenus excedit depoſiti naturam, & ratione objecti mutuum dici poſſet, idque tantum conſideraſſe ICtum *in d. l.* 10. *de reb. red.* qui alias id depoſitum irregulare dici poſſe negaturus non fuiſſet. Plane ex mente contrahentium hujus rei ex parte deciſio petenda erit, alias in dubio ſi poſteà de utendo conveniatur pecuniam ſive ipſum depoſitum, cujus naturæ uſus repugnat, in mutuum converſum dicam. Neque huc pertinet, quod de novatione citra expreſſâ voluntatem non contingente traditur *in leg. ultim. Cod. de novation.* quia hoc obtinet ubi poſterior priore obligatione ſalva ſubſiſtere poteſt nec deſtruit eſſentiam prioris.

Paucula hac theſ. notanda ſuperſunt, & in primis quod lit. B. circa lectionem *l.* 27. ſequitur ſententiam Hottomann. qui expungit præpoſitionem A. eaque retenta ſententiam legis pervetti ait. Verum contrario plane modo, res ſe habet & expuncta illa particula tota ſententia legis inepta efficeretur. Scilicet hoc ibi tradit ICtus quoniam ex parte Lucii Titii ejuſque filiæ, ſtatum & conditionem Pamphili ignorantibus, omnia bona fide acta ſunt. ideo ſupereſſe actionem, quæ nulla futura eſſet ſi à domino ſervi denuntiatio interpoſita, adeoque illis conditio ſponſi cognita fuiſſet.

Lit. C. recte improbat Hottom. qui *in l.* 26. *§.1. in fin. h.t.* legendum eſſe vult, *depoſiti modum non excedere*: ſiquidem ea lectio repugnat diſertis verbis *l.* 24. *eod.* ubi iſta conventio excedere dicitur notiſſimos depoſiti terminos: cæterum non explicat Treur, nodum qui ſupereſt *in d. §.* 1. quoniam ſiquidem contractus iſte depoſiti modum & naturam excedit, male ICtus ad concedendam actionem depoſiti concludere & inferre videtur: neque aliud dici poteſt, niſi quod hoc ipſum præſuppoſuerit ICtus, licet excedat depoſiti modum, non tamen planè & omnino in alium contractum abiiſſe, ſed quadâ ratione adhuc depoſitum eſſe, & ut inf lit. C. ex Dd. tradit Treut. inſpecto initio & voluntate contrahentium, qualitatem aliquam depoſiti retinere, ut proinde recte actionem depoſiti competere, inferatur: quod & videtur animadvertiſſe Cuiac. *in d l.* 24. *lib.* 9 *quæſt. Papin.* & alias ſuccincta & obſcurior ſcribendi ratio Paulo cuius eſt *d. l.* 26. ſolet eſſe familiaris.

THESIS VII.

Hac th. non pauca peccat Tr. & inter ea primo loco, quod depoſitum regulare & irregulare confundit: etenim quod initio de uſuris ex mora præſtandis tradit, irregulari tantum depoſito convenit: ut proinde non recte adjecerit verbum *regulariter*: neque poſſis hoc referre ad th. præced. tum quod in irregulari depoſito uſuræ ex mora regulariter debentur, quin, quod alterum vitium eſt, etiam ex conventione: tum quod cætera hac th. propoſita pleraque depoſitum etiam regulare reſpiciunt. Male autem in exegeſi comparat quo ad hoc cætera bonæ fidei judicia in quib. ex mora debeantur uſuræ: quia hoc minime omnibus commune eſt, ſed in tantum, ex quibus debetur quantitas velut in locatione, emtione, ſocietate, mandato, &c. Quod in f.lit. A. de uſuris, quæ in ipſam actionem depoſiti veniunt, verum quidem in ſuis terminis, ſed ratio adjecta, quod ſortis uſurarumque non ſint duæ actiones, generalis non eſt, ſed fallit in caſu, quo uſuræ ex ſtipulatione debentur: nec illa ratio adæquata eſt ad uſuras ex mora debitas, de quibus in th. agit Treut. ſed ead. obtinet in uſuris pacto adjecto promiſſis, quod in depoſito irregulari locum habet *l.* 24. *in fin.* & *l.* 26. *§.*1. *hoc tit.*

LIT. B.

Eum qui uſuras accepit, renunciaſſe privilegiis depoſiti ait Tr. Verum id non recte ſubiicitur ad uſuras ex mora debitas quoniam illa tacita renuntiatio ad caſum quo uſuræ vel ex conventione initio facta, vel poſtea non uſu pecuniæ præſtitæ ſunt, pertinet, *l.* 7. *§ quoties* 2. *h.t.* Cæterum illi quod ex *d. §.* 2. præferri deponentes traditur, obiicitur *l.* 24. *§.* 2. *d. bon. aut. iud.* quæ poſt privilegia demum admittit deponentes. Diſtinguendi videntur tres caſus; ſi pecunia depoſita adhuc extat, jure vindicationis præfertur omnimodo deponens *d. l.* 24. *§.* 2, ſi pecunia non extat, aut accepit uſuras, & ceſſat privilegium, aut gratis fidem publicam ſequutus depoſuit, & aliis præfertur: quæ eſt ſententia Cuiac *ad l.* 8. *h. tit. lib* 9. *quæſt. Papin.* Verum quia difficile eſt, ut *d. l.* 7. *§.* 2 *h. tit.* excipiatur de caſu pecuniæ extantis, malim ſequi gloſſ. *in d. l.* 7. & Zaſ. *in d. l.* 24. *§.* 2 qui *d. §* 2. explicant de privilegio hypothecæ reali: quod firmatur ex fine *d. §.* ubi

Digitized by Google

ubi dicitur ſi pecunia extet, futurum deponentem ante privilegia, ſcilicet etiam realia, quia de perſonalibus nulla dubitatio eſt. Facit quod *in §. 1.* de privilegio ejus qui in reſtitutionum ædificii credidit, proponitur, quoniam hic habet hypothecam *l. 1. in quib. caſu pignus ac.*

Adeoque verius eſt.] Ex eo quod uſuras accipiens, non præferatur, non ſatis recte videtur inferri, quod in depoſito irregulari non ſemper ſit locus privilegiis veri depoſiti: quia hoc ſpeciale eſt in eo depoſito irregulari, ex quo uſuræ acceptæ fuerunt. Cæteroquin verum eſt, quod privilegia depoſiti veri non inſint ſemper depoſito irregulari, adeo quidem ut non recte putem Tr. uſum eſſe particula, ſemper: quoniam cum hoc depoſiti genus re ipſa mutuum potius ſit, rarius & pauciſſimis caſibus in eo privilegio depoſiti locum habebunt. Eoque defendam privilegium quod lit. C. proponitur, de compenſatione, ad depoſitum irregulare non pertinere: Illud autem ead. lit. C. liquidum, quod iterum inculcat quam dubium, etiam ante Juſtin. depoſito compenſationem objici non potuiſſe, de quo dictum diſp. præced. th. 7. Et hoc tamen hic addendum, ſi conſideretur hoc ad rationem juris veteris, privilegium hoc non eſſe, ſed eſſe tantum ex jure novo, juxta notata diſputat. præced.

Lit. D.

Aliud hic proponitur depoſiti privilegium, quod inſtrumentum depoſiti paratam habet executionem. Equidem hoc admitto, in actione depoſiti hoc eſſe ſingulare, ut cum depoſitarius, utpote nullum jus in re habens, nihil prætendere poſſit, celeriter juxta conſtitutionem Juſtin. & quaſi ſummatim cognita cauſa facienda ſit reſtitutio: ſed admittam amplius, quod Treutl. ait, non poſſe objici rei non datæ exceptionem, cum præſertim vix fingi poſſit, ut quis fateatur ſpe futuræ dationis ſe accepiſſe depoſitum. Verum ſententiæ à Treut. propoſitæ alii plures ſunt effectus, & præcipue, ut nec libellus nec ſententia requiratur, ſed ſtatim ab executione incipiatur; quæ licet ſententia Bart. ſit *in l. quis* 11. *C. h. t.* quam ibid. magis probat *Caſtrenſ.* veriorem tamen omnino puto ſententiam Bald. *in d. l.* 11. in quam magis inclinat Salicet. *ibid. num.* 1. quoniam cum inſtrumentum probationis cauſa conficiatur, videri non poteſt, nec per ejuſmodi inſtrumentum, nec per conſtitutionem Juſtin. ſublatus actionis depoſiti uſus: & porro idem in teſtibus, & amplius in aliis quoque contractibus ſtatui poſſet.

Lit. E.

Aliud hic privilegium eſt, quod depoſitario condemnato non dentur quadrimeſtres induciæ ad faciendum judicatum. Atqui aut quæritur de depoſito proprio cum ipſa res & ſpecies depoſita reſtitui petitur & privilegium hoc non eſt, quoniam idem eſt in omnibus actionibus, ſive in rem ſive in perſonam, ex quibus ſpecies vel corpus certum, quod penes reum extat, reſtituendum venit: aut de depoſito irregulari, & contra Treutl ſtatuam, cum hoc inſtar mutui ſit, inducias illas condemnato dandas eſſe; quod idem ſtatuam, ſi re perdita vel corrupta, ad æſtimationem reus condemnetur: & porro amplius idem dicam, ſi propter dolum vel contumaciam rei in litem fuerit juratum, quia hoc modo quaſi vendi res videtur: ut non obſtet, quod afferri poſſit de dolo & contumacia rei, quæ juramentum hoc inducit: quia hæc diverſa eſt à condemnatione & induciis, & cum ſatis juramento illo contumacia coerceatur, non debet propterea tempus illud quadrimeſtre reo denegari. Cæterum circa eandem tractationem non videtur ſatis apte aut vere traditum, ubi in litem juratum eſt, ſtatim reſtitutionem eſſe faciendam: ſiquidē hoc caſu non de reſtitutione rei ipſius, ſed de æſtimatione præſtanda quæritur, & utique nulla ratio erat, cur privilegium iſtud quodammodo ad caſum præſtiti juramenti in litem reſtringeret.

Lit. F.

Privilegium hic propoſitum procul dubio fallit in depoſito irregulari, vel ubi de æſtimatione præſtanda agitur: poſito autem caſu rei extantis ſpeciale privilegium hoc non eſt, ſed omnibus actionibus commune, quibus res noſtras, ſive jure vindicationis, ſive actionis perſonalis v. c. ex commodato vel locato perſequimur, de quo etiam inf. *part. 2 diſp. 24. th. 7.*

THESIS VIII.

De Etymologia quæ traditur lit. A. contendere ſupervacuum videtur. De definitione agit lit. C. & ait eleganter probari a Gœdd quod *leg.* 110. *de V. S.* perfecta ſequeſtri definitio tradatur. Verum ICti in tradendis accuratis definitionibus nunquam laboraverunt, & plane exiſtimo ICtum *in d. l.* 110. deſcribere potius quam exacte defi-

Digitized by Google

definire voluiſſe: utique quicquid argutemur definitio illa non convenit ſequeſtro neceſſario: nam quod dici poſſit, quatenus res in judicium à partibus deducta & in judicem conſenſum eſt, neceſſariam ſequeſtrationem ab ipſis factam videri debere, id tamen nimis longe petitum, & nimis durum eſt, ut à parte factum dicetur, quicquid fit à judice etiam parte invita, quod de hac ſequeſtratione ipſe Treutler. affirmat. Utitur Gœdd. & hoc argumento, quod ſequeſtratio ſit contractus, omnem autem contractum à pluribus & ab ipſis quorum intereſt fieri conſtat. Verum falſum eſt quod aut omnis ſequeſtratio, aut omnis depoſitio contractus ſit, quod quidem genus de ea tantum depoſiti ſpecie quæ conſenſu partium fit, prædicari poteſt: neque vero ſi una ſpecies ſequeſtri contractus eſt, protinus etiam alteram eſſe conſequitur: quod exemplo novationis, quæ alia voluntaria, alia neceſſaria eſt *l.29. d. novation.* item pignoris, quod & conventione & ex officio magiſtratus conſtituitur, oſtendi facile poteſt. Nec majoris momenti eſt altera Gœdd. ratio, qua ſequeſtrationem neceſſariam contractum eſſe probare conatur exemplo ſtipulationis prætoriæ, ad quam probandam quis cogi poteſt. Etenim reſpondeo 1. quod nemo præciſè ſtipulari vel promittere cogatur. 2. quod edictum prætoris imponat neceſſitatem conditionatam, ſtipulationem autem non à prætore, ſed ab ipſis partibus interrogando & reſpondendo perfici: & hinc 3. quod non ea tantum ſequeſtratio neceſſaria dicatur, quæ autoritatem judice interponente à partibus fit, quin imo hæc ſequeſtratio revera neceſſaria non eſt nec dici ſolet, ſed quæ fit mero officio judicis etiam partibus invitis Clemen.*und.ſequeſtration.* adeo ut etiam ſequeſtratio puellæ nubilis à Dd. admittatur, ut poſt alios notat Bernhard. Gräven. *ad lib.1. obſervation.* Gail. *concluſ.* 112. *conſid.*1. Quod autem otioſè hic repetit de rebus, remittimus *ad th. 4. lit. D.*

THESIS IX.

LIT A.

Ait in voluntaria ſequeſtratione poſſeſſionem transferri poſſe. Atquin idem eſt in neceſſaria:& quod ſequitur lit. B. eo caſu partium uſucapionem interrumpi (licet rectius dixiſſet, partis, quia duo uſucapere non poſſunt.) neceſſariam connexionem non habet: quoniam ita ſequeſter poſſidere poteſt, velut ejus poſſeſſio victori proſit, vel ut nihilominus deponens quoad effectum uſucapiendi pro poſſeſſore habeatur: exemplo creditoris qui licet vere poſſideat, debitoris tamē uſucapio non interrumpitur, ſed quo ad iſtum effectum perinde habetur atque ſi creditor poſſideret pro alieno *l. 1. §. 15. d. acq. poſſ. l. 13. in pr. & l.16. d. uſuc.* quo etiam pertinet quod jacens hæreditas quoad effectum continuandæ uſucapionis pro poſſeſſore habetur *l. Ceptam 40. d.uſuc.* Illud adhuc peius ead. lit. B. infertur aut concluditur, quod partes in dubio voluerit tranſire poſſeſſionem. Licet enim hoc alias defendi poſſit, attamen præmiſſis vitioſè ſubjicitur:quoniam ſi non aliter tranſit poſſeſſio, quam ubi partes volunt, quod ait Treut. hac ipſa lit. B. conſequitur eam non tranſire ex natura ſequeſtri, quod autem ex natura contractus non eſt, in dubio non præſumitur, adeoque potius in dubio poſſeſſionem non tranſire concludendum erat: quod conſequens eſt illis quæ tradit ipſe Tr. 1. transferri poſſeſſionem, quoniam inde regulariter non transferri colligitur. 2. interrumpi eo caſu uſucapionem, cum utique nemo indubio ſibi præjudicare, & præcipue quoad effectū interrumpendæ uſucapionis poſſeſſionem omittere velle præſumatur. De re ipſa autem, an & quatenus poſſideat ſequeſter, ad explicationem *l.17. h.t. & l.39. d. acq. poſſ.* agemus infra *p.2.diſput 21.th.*4.

LIT. C.

Ait valere conventionem, ut debitoris omnia bona non ſequuta ſatisfactione ſequeſtrentur. Mihi hæc ſententia ex ratione juris noſtri vera non videtur: equidem ultro nemo omnia ſua bona in ſequeſtrum dederit, nec poſſit ea eſſe vera ſequeſtratio, quippe rei non controverſæ, quam ſpecificam ſequeſtrationis ipſe ponit Tr. & judicialis ſequeſtratio regulariter etiam in re ſingulari prohibita eſt tantum abeſt, ut univerſorum bonorum ſit concedenda. Neque apparet ulla actio, qua creditor hoc obtinere poſſit, ſiquidem pacta adjecta formant actionem ſed quæ ſunt ſecundum naturam contractus, quin mutuo adjecta plane non inſunt: neque video quomodo aut actio ipſius contractus, aut etiam præſcriptis verbis huc accommodari poſſit, cum non ſit indulgendum malitiis, nec creditoris interſit, qui potius debitum ſuum perſequi, judiciarium exequendi morem obſervare debet. Facit quod ſequeſtratio per ſe

odio-

odioſa, & in his terminis cum infamia debitoris futura ſit, & quod debitores inopes nullum non pactum admittere coguntur.

LIT. D.

Sequeſtrum Eccleſiæ vel beneficii cui jus patronatus adhæret, interim conferre poſſe affirmat. Id ex eo dubium videtur, quod ſequeſter nudam tantum cuſtodiam vel poſſeſſionem habet. Neque valde movet ratio, qua poſt Dd. *in l.* 17. *h.t.* utitur Coſtal. quod alias diuturnior poſſit eſſe vacatio: etenim ſiquidem judicialis ſit ſequeſtratio, ejus omnino conferre eſſe dicam, penes quem fuit poſſeſſio, imo ex ſententia Tr. *th* 11 *lit. G.* adhuc exiſtit: quod hæc ſequeſtratio ex ſe prohibita ultra finem cui deſtinata eſt non extendi neque operari, nec effectus poſſeſſionis iſtos parti cum injuria auferre debet. Sequeſtratio voluntaria, ſi de poſſeſſione alterutrius conſtet, itidem jure conferendi non privabitur, ſin poſſeſſio dubia fuerit, ad utrumque jus conferendi defendendam pertinere.

THESIS X.

LIT. A.

Ait quod cuſtodia diligens ſit communis toti generi depoſiti Ubi aut valde abuſive, & contra uſum juris accipitur verbum *diligentia*, aut hoc quod affirmat, falſum eſt: ſiquidem Juſtin. *in §. 3.* quibus modis re con. obl. etiam negligentem depoſitarium excuſatum eſſe affirmat: neque ſequitur ſequeſtrum eſt depoſitum, ideo in id venit diligens cuſtodia, ut maxime hæc in depoſito ſpeciali requireretur: & tamen haud ſcio an hac in re diverſa depoſiti ſpecialis & ſequeſtri ſit cõditio, niſi forte ipſa rei ſequeſtratæ conditio, quę cura & cultura indiget, majorem diligentiam expoſcat.

LIT. B.

Jus diſtrahendi tantum permiſerim ſequeſtro, quoad fructus, non autem in altero caſu, quem Tr. hic proponit, ſi cuſtodia rei diſpliceret bono patrifam. quoniam ſequeſtro nudo cuſtodi, & ad ſummum ſimplici adminiſtratori, arbitrium hujus rei permittendum non eſt, cum fortaſſis litigantium alterutrius vel ratione affectionis, vel alias ob cauſas rem ipſam potius habere intereſſe poſſit. Illud hac theſi methodi vitium eſt, quod cum hæc ſicut & præcedens theſ. ad voluntariam ſequeſtrationem referenda ſit, ſiquidem ſeq. demum theſ. de judiciali tractare incipit, pleraque tamen th. etiam judiciali conveniunt, quin imo id ejus proprium eſt, quod lit. C. circa ejus finitionem, cognitione judicis opus eſſe ait, quæ ſane in ſequeſtratione voluntaria nullo modo neceſſaria eſt: licet & in judiciali præciſe neceſſaria non eſſe videri poſſit, cum tantum intereſſe partium ſpectari videatur. Attamen ſequeſter rem à judice ſibi concreditam citra hujus conſenſum vix partibus reſtituet: judex tamen parte utraque conſentiente reſtitutionem facile decernet, neque eo caſu juſtiſſima cauſa, quam requirit Tr. opus erit, ſed tum demum, ſi judex parte contradicente ſequeſtrum relaxare velit. Illud autem male cohæret, quod ſtatim ſubjicitur, *adeoque actione depoſiti contraria ſequeſter id conſequetur*: quoniam hoc eo pertinet, ut re diutius extracta ſequeſter exonerationem ab officio obtinere poſſit: quamvis hac in ſpecie & in caſu citatæ *l. 5. §. 2 h. t.* non tam actionem ordinariam, quam officium judicis inſtituere & implorare debere ſequeſter videatur, quia contra ipſum Judicem vel Magiſtratum non niſi inepte actio moveatur: & ipſe Tr. *th.* 12. ſolo decreto judicis hoc ſequeſtrum tolli affirmat. Neque adeo movet exemplum fidejuſſoris *ex l. Lucius.* 38. §. 1. *manda.* quia hic actione contraria mandati ad exonerationem à fidejuſſione obtinendam experitur. Plane ad expenſas, ſi quas ſequeſter fecit, obtinendas, actio iſta utilis erit.

LIT. B.

Et quidem tantum.] Particula hæc taxative rectius omittitur: quia vel maxime hoc an ſequeſtrationi neceſſariæ locus ſit, arbitrio judicis permittendum eſt, neque hic præciſe certi caſus ſtatui & definiri poſſunt.

Ex cauſa prodigalitatis.] Abutitur hoc verbo, quoniam in vere prodigo nulla dubitatio eſt, & pertinet hoc tantum ad caſum, quo periculum eſt, ne res ipſa petita à poſſeſſore corrumpatur, vel fructus ex ea percepti diſſipentur, de quo caſu tractatur *in cap. 3. de ſequeſtr. & à Gœdd. ibid.* ut proinde eodem referri poſſit lit. C. traditus denegatæ cautionis caſus, qui proponitur *in l. 16. in fin. d. offic. præſi & in l. 7. §. fin. qui ſatisdar. cog.* neque dubium videtur, quin etiam *in caſu d. c. 3.* præſtita cautione ſequeſtratio ſit ceſſatura.

LIT. C.

Non huc pertinent caſus.] In ſpecie citatæ *l. 1. §. 19. de collat.* revera quidem & proprie ſequeſtratio non eſt, nec ibi res litigioſa, illa tamẽ propter defectum cautionis curatoris conſtitutio ſequeſtrationi non abſimilis: & ei magis etiam affinis in ſpe-

in ſpecie *l.20 §.1 C.de agri. & cenſ* fructuum depoſitio, quippe quod ibi fundus ſit litigioſus, & fructuum ratione *in d.c.3. de ſequeſtrat.* admittatur ſequeſtratio: & aliàs nec *in caſu l.ultim.C.quib.ad libert.proclam.* contra ſententiam Treutl. ſequeſtratio futura ſit, quod ibi principaliter non de rebus poſſeſſis, ſed de ipſo ſtatu controverſia eſt. Neque rectè citatus Gœdd. in eo caſu ſequeſtrum magis voluntarium eſſe ſtatuit, ex vitioſa ratione, quod ibi permittatur colonis fideiuſſores dare? vel quia forte propter inopiam fideiuſſores invenire nequeunt, ex qua cauſa in ſpecie *l.7 §.fin.qui ſatis dar. cog.* ſequeſtratio neceſſaria & rei petitæ apud officium depoſitio admittitur: vel quia etiam neceſſariam ſequeſtrationem regulariter ſatisdationis præſtatio & impedit & tollit. Cæteroquin rectè *Gœdd. ibid. conciliat. dict.leg.20.in princip.cum l.25.Cod.locat.* per diſtinctionem colonorum, quam etiam ipſi textus & res ipſa ſuppeditant: quia alia ratio eſt colonorum, qui annua penſione colunt, *d.leg.25.* alia eorum, qui ſub poſterioribus Impp. primò emerſerunt, & qui conditione ſua terram, cui adjecti ſunt, colunt, & terram, ipſam quaſi dominam habent & agnoſcunt: licet hæc aliter & malè explicet *Coraſ.3.miſcel.*

LIT. E.

Non metus armorum.] Equidem non eſt ſecundum veram juſtitiam, ut ex hac cauſa alteri poſſeſſio auferatur, ſed potius quiſque in ſua poſſeſſione defendendus, & alterius injuſta violentia coercenda eſt. Attamen cum hoc totum arbitrarium ſit, aliquando ob circumſtantias hoc admitti minimè abſurdum videatur, imo nec contrarium juri civili, præſuppoſita noſtra reipubl.forma, in qua aliquando partes veluti principes Germaniæ, autoritate magiſtratus ordinarii propter potentiam ſuam ſatis coerceri non poſſunt, & tamen pertinet conſtitutio Imperii ad caſum, quo uterque ſe poſſeſſorem contendit: ſuper quo cum ſententia non mature ſatisfieri poſſit, nihil iniqui eſt, interim poſſeſſionem ſequeſtrari, dum de jure poſſeſſorio cognoſcatur.

LIT. F.

Non caſum ſævitiæ mariti.] Caſus iſte non ſatis bene huc referri videtur, quia non eſt controverſia de re litigioſa inter duos: niſi quis impropriè dixerit, uxorem ſuiipſius controverſiam marito movere. Planè *per c.ex tranſmiſſa*, nec ibi relinquitur mulier, nec marito reſtituitur, ſed matronæ, quæ ſane ſequeſtra videtur, cuſtodienda datur: rectius ſane quam curatori, ut Treut. cenſet, cum periculoſum eſſe poſſit, ovem committere lupo, & eiuſmodi ſequeſtro, qui alterum in poſſeſſione turbaret, & ipſe fructus pro quibus reſtituendis nulla cautio præſtari poteſt perciperet.

LIT. G.

Ait ex re ſequeſtrata fructus præſtandos eſſe parti, quia cum non tollatur poſſeſſio, conſequenter nec eius effectus. Ubi multa notari poſſunt. 1. quod etiam aliquando ex cauſa neceſſariæ, ſequeſtrationis poſſeſſio tranſire poteſt. 2. quod Treutler. in exegeſi hoc ipſum reſtringit ad caſum partis egentis, quod ſi ratio bona eſſet, in omnibus idem obtinere deberet. 3. quod in caſu rei ſequeſtratæ regulariter etiam fructus in ſequeſtro manent, tum argument. eius quod tradit Tr. *ib.præced.lit.B.* tum quod propter ſolam fructuum diſſipationem ſequeſtratio conceditur *in cap.3.de ſequeſtrat.* ſiquidem cum ipſa re petita etiam fructus veniunt reſtituendi, quoniam & malæ fidei poſſeſſor & creditor, qui revera poſſident, fructus ſuos non faciunt, & ex adverſo conductor, fructuarius &c. qui non poſſident, fructus acquirunt & ſuos faciunt, de quo infra *p.2.diſp.21.*

THESIS XII.

LIT. A.

Quod ſolo decreto judicis ſequeſtrum hoc tolli affirmet, ſimpliciter admittendum non videtur, ut videlicet parte invita, cujus intereſſe verſatur ſequeſtrum, aut citra ſatisdationem relaxet, vel etiam adverſarium ad cautionem juratoriam admittat: quoniam verſatur hac in re non tam nobile, quam mercenarium judicis officium, ut proinde fortaſſis nec ſufficiat perſonam à judice fide dignam exiſtimari: & alia ratio eſt cautionum aliarum, quæ circa conſtitutionem judicii, de perſequendo litem, judicio ſiſtendo & cætera præſtantur, ubi in ſubſidium cautio juratoria admittitur, quod aliter parti conſultum eſſe nequeat, hic autem nihil prohibeat rem relinqui penes ſequeſtrum: cum præſertim in ſpecie hoc caſu ſatisdationem jura requirant, quæ non fit niſi per fideiuſſores: qua de cauſa parum ſubtile eſt, quod lit. B. & C Treutl. ait, tolli ſequeſtrum per ſatisdationem, in eoque non ſufficere cautionem juratoriam: quoniam iſta cautio nec ſolet nec poteſt dici ſatisdatio,

Digitized by Google

juxta tradita ſupra *diſput.5.th.2. lit. A.* Cæterum d. lit. B. limitatio, *niſi ſatiſdatio ſufficiens interponatur*, non cohæret cum eo, quod præmiſit, tolli ſequeſtrum judicis decreto, & omnino legẽdum, *ſi ſatiſdatio &c.* vel potius, *aut ſi ſatiſdatio:* ut ſc. hic alter ſit caſus, quo tollitur ſequeſtrum judiciale: licet minus recta ſit oppoſitio, quod ſimplici ſatisdationis præſtatione citra autoritatem judicis vix hoc obtineri, poſſe videatur. Cæterum cum Treutl. tribus tantum caſibus ſequeſtrationi faciat locum, de duobus, prodigalitatis & ſtatus incertitudinis nec dubitatio eſt, & in tertio res deciſa videtur per *l.7.§. ult. qui ſatiſdar. cog.* ubi eo caſu tantum, quo perſona ſuſpecta, eſt, rem ſequeſtrandam eſſe reſpondetur. Illud quoque de graſſandi facultate lit. B. minus huc pertinere videtur: quod cum ſequeſtratio hæc extra ordinem & quaſi contra rationem juris in caſu neceſſitatis permittatur, tanto facilius & indiſtincte præſtita cautione eam ceſſare vel tolli ſtatuendum eſt: maxime cum ſequeſtratio vix fiat univerſitatis, ſed corporis alicujus, cujus reſtituendi nomine ſi idonee caveatur, nihil intereſſe videtur actoris, ſi reus in bonis ſuis pro habitu graſſetur.

THESIS XIII.

Abuti videtur lit. A. appellatione actionum civilium, quæ in uſu juris prætorijs opponi ſolent: neque video hic quæ ſit actio prætoria, niſi ubi ex cauſa in incendio vel naufragio facti depoſiti contra infitiantem agitur in duplum. Cætera lit. B & C. ex ſe perſpicua ſunt, & omnibus ex contractu actionibus communia, ut perpetuæ ſint & pro portione hæreditaria tranſitoriæ: ſed lit. C. in verbo, *individui*, homonyma latet, quia aliàs individua ſolent dici, v. c. facta & jura, quæ nullo modo præſtationem partis recipiunt, juxta *l. 2. §. 1. de V. O.* ſed in *l.1.§ 36. h.t.* quem non niſi cauſa *Ant. Fab. 12. coniect. 16.* Triboniano adſcribit, ſimpliciter pecunia numerata corpori vel ſpeciei opponitur, quæ alias pro parte indiviſa præſtari poteſt *in d. l. 2. § 1.* Plane *l. ult. C. h. t.* nec valde elegantem habet caſum, & huc non pertinentem: quia deciditur, quod contra hæredem, qui partem ſuam exegit, ſi poſtea res pereat, vel aliàs à debitore inope præſtari nequeat, nullum cohæres habeat regreſſum.

LIT. E.

Duos hic proponit & ſibi opponit Tr caſus quibus actio depoſiti in duplum detur, ſi reus neget, & ſi neceſſitatis cauſa depoſitum ſit. Quorum caſuum ſi recta oppoſitio eſt, ſequetur, 1. etiam in depoſito ſimplici ex cauſa inficiationis condemnationem creſcere in duplum. 2. in depoſito neceſſitatis etiam citra inficiationem in duplum fieri condemnationem. Atqui quoad poſterius hoc abſurdum eſt eum qui beneficium præſtitit in duplum teneri, niſi hoc ita explices, quod cum fere non niſi præcedente interpellatione actio inſtituatur, contra negantem extrajudicialiter actio in duplum dictari poſſit: quod tamen fallet: ſi reus vel juſtam ignorantiæ, quia forte heres eſt, cauſam prætendere, vel propter impenſas factas jure reſtitutionem depoſiti recuſare poſſit. Prius autem illud falſum eſſe puto: tum quia citra textum in pœnalibus extenſio facienda non eſt, tum quia hac ratione nulla hic inter ſimplex & neceſſitatis depoſitum eſſet differentia, contra text. *in l. 1. § 1. h. t.* quo ipſo ſententia illa, quam Treutleri verba præ ſe ferunt, confutatur, ſicut & ex Paulo 2. ſent. 12. Ex cauſa depoſiti inquit, Lege XII. tabb. in duplum actio datur, edicto prætorio in ſimplum. Neque enim hic Tr. de actione illa priſca & deſueta ex XII. tabb. agere videri poteſt. Neque obſtat *§. ſed furti. 26. Inſtit. de action.* quoniam ipſo verbo, interdum Iuſtin, ſpeciem illam depoſiti neceſſitatis deſignat. Illud certum eſt, quod lit. F. condemnatum infamia notari ait: licet non recte tantum faciat mentionem doli, cum idem procul dubio obtineat, in caſu latæ culpæ: licet ſimpliciter recte dicatur, condemnatum ex cauſa depoſiti fieri infamem, quoniam tantum ob latam culpam vel dolum actio depoſiti inſtituitur: niſi forte Tr. illos caſus, intelligit, quibus juxta notata th. 2. ex pacto ſive expreſſo ſive tacito depoſitarius ob levẽ vel leviſſimam culpam convenitur, ex qua cauſa infamem fieri condemnatum videatur abſurdum, de quo etiam actum aliquid ſupra diſp. 8.

LIT. H.

Ait, quod in ſequeſtrum non ſit actio doli & præſcriptis verbis, & tamen in allegatis ſubjicit, non negandum eſſe, quin cum actione ex contractu poſſint concurrere. Quod generalius & obſcurius dictum explicandum eſt ex Gœd. qui cit. loc. actionem ſequeſtrariam cum actione præſcriptis verbis concurrere poſſe ſtatuit: quamvis juxta verba Treutleri concurſus etiam actionis ſequeſtrariæ & actionis dol. fuerit admittendus. Quod tamen verum non eſt, per *l.1. d. dol. mal.* quin nec verum puto, quod

præ-

præſcriptis verbis actio cum ſequeſtraria concurrat *ex l. 1 2. & 3. d. præſcript. verb.* & videtur ſibi Treu.l. contradicere : ſiquidem contraria ſunt , non dari in ſequeſtrum hanc actionem, quod affirmatur in th & tamen concurrere cum actione ſequeſtri. Regulare utique eſt, ut ubi datur actio ex contractu ordinaria, ceſſet actio ſubſidiaria præſcriptis verbis. Neque obſtat *l. 9. §. ſi oleum. d. dol. mal.* quia ibi plane negatur actio ſequeſtraria, ut adeo fruſtra ad ejus concurſum cum alia actione probandum adducatur. Cæteroquin ratio illius loci hæc eſt, nõ quod ibi ſequeſtrum proprium non ſit, neque enim dubito, quin ibi conſenſu adverſarij res fuerit ſequeſtrata, ſed quia conditio depoſitionis nondũ extitit, quæ ratio juris facit, ut ex contractu actio naſci queat , adeoque ad ſubſidiariam præſcriptis verbis actionem ſit recurrendum.

Illud denique ſatis liquidum videtur , quod lit. I ſalarium actione contraria peti poſſe negat, cum depoſitum ſit gratuitum : & Bald. quem malè pro diſſent. citat, quod ſequeſter mercedem cuſtodię accipere poſſit, rectè affirmat, ſed eam actione ſequeſtri exigi poſſe non dicit: quamvis ſi ſalarium promiſſum proponatur, res dubitatione omni non careat, de quo agetur diſp. ſep. th. 1. lit. E.

Ad

DISPUTATION. XXVII. DE MANDATO ET SOCIETATE.

THESIS I.

LIT. A.

IN definitione mandati ſuperfluæ ſunt differentiæ *iuris gent. bonæ fidei*, *& ex conſenſu*: quoniam hæc omnia generi inſunt: & rectius fortaſſis & accuratius quis dixerit , mandatum eſſe contractum, quo quis aliud alieni gratuito expediendum cõmittit: vel reſpectu mãdatarij. quo quis aliquid ſibi commiſſum, gratuito expediendum ſuſcipit. Suo tamen quodam modo. mandatum, contra quam putare videtur Tr. lit. B. officium dici poteſt, cum ipſe Tr. hac theſ. lit. E. hanc conventionem ex officio natam eſſe ſcribat. Subjicit porro ead. lit. B. multo minus excuſari, qui mandatum principis definiunt &c. Atquin hoc cum præced. ſive mandatum contractus ſive officium dicatur, nullam planè habet connexionem, neq; adeo fatui fuerunt Dd. citati , ut mandato juxta hanc tractationem accepto definitionem iſtam accommodarent. Eſt alioquin illa mandati principis definitio, & generis & differentiæ ratione vitioſa.

Ei quod mandatum bonæ fidei eſſe dixerat Tr. objicit in exegeſi, quod mandati fines ſtricte ſint cuſtodiendi. Quæ objectio nullius momenti eſſe videtur, quoniam non iſto, ſed diverſo plane reſpectu in uſu juris contractus bonæ fidei & ſtricti iuris eſſe dicuntur, non quod eorum limites obſervandi ſint vel non, ſed quod bonæ fidei contractus præſtationem uſurarum & fructuum admittant, & etiam quæ nec verbis contractus, nec formula comprehenſ. expreſſe ſunt , in iis tamen veniant & admittant, *infra de oblig. & conſenſ. in fin. l. 99. de V. O. juncto § 30. inſ. d. action.*

LIT. E.

Ait, honorarium non vitiare contractum , quia autem huic contractui id neceſſario non inſit, ideo ex eo honorarij promiſſi exactionem non eſſe. In quo dupliciter peccat , quod ait , huic contractui neceſſario non ineſſe, cum tamen plane non inſit, & mandatum gratuitum ſit, ut ipſe definit & eſt *in § ult Inſtit. h. titul.* 2. quod infert, quia non inſit, ideo non eſſe exactionem ſalarij promiſſi: quia ut aliquid non inſit. ſtipulatione tamen comprehendi poteſt , imo hic ſtipulationum uſus eſt , ut partibus plenius caveatur: niſi ex verbis, *ex eo*, colligas quod Tr. de actiõe ipſius contractus mandati loquatur : & tamen nec ſic excuſatur Tr. quod etiam per pacta adjecta cõtractus natura & informari & ampliari poſſit. Et hoc ipſum agnoſcit Tr. dum ſtatim ſubiicit ſententiam eorum, qui admittunt exactionem honorarii, verũ eſſe ſi pacto in continente adiecto de eo cõvenerit. Quibus verbis nõ animadverto, quomodo non priorem ſuam ſententiam , qua promiſſi honorarii exactionem negavit, deſtruat quoniam cum Tr. non poſſit accipi de pacto ex intervallo adiecto , per quod actionem contractus formari & ampliari non poſſe conſtat, utique de qua re pacto in continenti adiecto conventum eſt, id utique promiſſum eſſe oportet. Sed quod rem ipſam attinet , de duobus hic dubitatur , an mandatario ſalarium promiſſum peti , & qua actione peti poſſit. Et ſi-

Digitized by Google

ſtipulatio interpoſita & certum promiſſum ſit, res expedita eſt: ſed extra iſtum caſum ita definit Tr. quod aut promiſſum eſt incertum, aliquid ſalarii nomine, & nulla petitio datur: an certum aliquid, & etiam actione mandati, ſi pactum incontinenti fuerit adjectum peti illud poſſe, exiſtimat. Verum nec plena ſatis iſta diſtinctio, & utrumque hoc quod proponit, dubium eſt: & ut à poſteriori incipiamus, non eſſe locum actioni mandati videtur probari primo, quod ita in cauſam locati res abire videatur *arg. §. ult. Inſt. h. t.* Ubi tamen reſponderi poteſt, aliud eſſe mercedem, quæ pro exæquatione & compenſatione operæ conſtituatur, & faciat eſſe locationem: aliud honorarium, quod ex gratitudine remunerationis cauſa promittitur: quam differentiam mercedis & honorarii tradunt *Dd. gloſſ. Angel. & Joh. Fab. in § ult. h. t.* adjecta etiam hæc, quod locatio & merces dicatur de factis locari ſolitis, honorarium de factis locari non ſolitis, de qua diſtinctione factorum agetur infra diſp. 19. th. 1. Deinde non dari actionem mandati probatur *ex l. 1. C. hoc tit.* ubi ſalarium promiſſum dicitur pertinere ad cognitionem prætoris, id eſt, juxta rationem juris antiqui, petendum eſſe extra ordinem: Quoniam ita dum prætor extra ordinem cognoſcere dicebatur, cognitiones prætoriæ & actiones inter ſe opponebantur, quo pertinet *l. 1. §. 2. de rei vind.* in eoque ignorantia veteris juris lapſi ſunt *Bald. Caſtrenſ. & alii in d. l. 1. C. h. t.* ubi notant cautè ibi loquutos Imperatores, quod non ſimpliciter, ſed cauſa prius cognita ſalarium promiſſum debeat decerni. Dixerit forte quis ita diſtinguendum, ut nomine quidem honorarii ſolius ex adjecto pacto mandati agi non poſſit cæterum ubi aliàs propter ſumptus vel alias cauſas actio contraria locum habet, eam quoque ita informari extendi pacto iſto poſſe, ut honorarium tanquam conſectarium quoddam in illam veniat. Verum hæc ſententia probanda non videtur: vel quod jus exigendi honorarium non debet pendere ab accidenti, vel quod quibus caſibus pactum adjectum contractui ineſt, ita ineſſe intelligitur, ut etiam ſolum illud quod pacto continetur perſequi liceat. Si ſententiam Treutler. ſequimur, duplex reſponſio dari poſſe videtur ad *dict. leg 1. C. h. tit.* altera quod *dict. leg. 1.* ſit accipienda de caſu quo pactum in continenti adjectum non fuit: etenim ut locus ſit cognitioni prætoriæ, quæcunque promiſſio ſufficit, quod cognitio illa non deſcendat ex obligatione: Altera quod aut talis ſit perſona quæ gratis & aliàs id factura fuiſſet, aut quæ non niſi pro mercede vel ſalario: ut hoc quidem caſu pro qualitate factorum aliarumve circumſtantiarum actione aut locati aut præſcriptis verbis, aut extra ordinem, illo vero ſi pactum in continenti adjectum fuerit etiam actione mandati ſalarium peti poſſit. Quæ diſtinctio in terminis proponitur *à Bald. in dict. leg. 1. C. hoc tit.* ubi ita ſupplet. Gloſſ. quæ ad eand. *leg. 1.* ſimpliciter in caſu pacti adjecti actionem mandati concedit: ut hinc appareat, ſententiam illam, quæ in terminis jam poſitis actionem mandati pro ſalario concedit, à Dd. antiquis probari: pro qua duplex hæc ratio etiam afferri poteſt. 1. quod ſi actio depoſiti pacta ita informari poteſt, ut uſuras ea perſequi liceat, quod tamen magis adverſatur naturæ depoſiti *l. 24. & leg. 26 §. 1. depoſiti* etiam videtur informari poſſe actio mandati per pactum de præſtando ſalario, 2. *ex leg. 6. in princ. h. t.* ubi dicitur ſi remunerandi gratia honor intervenerit, eſſe mandati actionem. Attamen ad poſterius hoc reſponſio facilis eſt, quod hæc videatur ICti ſententia, non transformari hoc caſu mandatum, quod aliud honorarium ſit aliud merces: quod autem honorarium ipſa mandati actione peti poſſet, inde probari non videtur, vel *arg ſequent. leg. 7 eod.* ubi ſicut *in leg. 1. C. eod.* ſalarium conſtitutum extraordinem peti proponitur. Difficilius reſponderi poteſt ad prius, & hoc fortaſſis, quod facilius pacto informari poteſt actio directa quam contraria, quæ non ex natura contractus, qui principaliter mandantem reſpicit, ſed quaſi ex accidenti venit: vel etiam hoc, quod neceſſitatis quaſi ratio ſuaſit actionem depoſiti concedi, quod aliàs contra conventionis æquitatem uſuræ peti non poſſent hic autem procuratori vel mandatario alia ratione & perſequutione extraordinaria eſt conſultum: & notatum eſt ſupra *diſputat. 6. Theſ. 10. ex leg. 7 §. adeo. in prin. d. pact.* ea pacta adjecta ineſſe, quæ ſunt ſecundum naturam contractus, cujuſmodi pactum ſalarii in mandato quod gratuitum eſt, non videtur: notatum & diſputat. præced. Theſ 6 depoſitum illud ex quo uſuræ petuntur eſſe plane irregulare, & ferè nomine tenus à mutuo diverſum: ut proinde quod circa illud conſtitutum eſt, ad conſequentias non videantur extendendum. Et hæc de altero illo, quod ex Treutler. proponebamus.

bamus, ſalarium actione mandati peti poſſe. Alterum erat Treutler. pronuntiatum, ſi incertum quid nomine ſalarii vel honorarii promiſſum ſit, id ne quidem extra ordinem exigi poſſe. Rationem ſubjicit Treutler. quod non magis hic aliquid peti poſſit, quam ex incerta ſtipulatione, puta ædium vel fundi: quod ſicut hoc caſu ideo nulla ſit ſtipulatio, quod rem minimam dando liberari poſſit promiſſor, ita quoque in noſtro hoc caſu rem minimam poſſe præſtari ab eo qui incertum ſalarium promiſit, quin ſatis videri poſſe, ſi etiam animo gratum ſeſe oſtendat, & ita gratias ut loquuntur, agat, vel habeat, licet non referat. Sed ne videamus ne hæc inter ſe ſint diſſimilia; vel quod alia ordinaria alia petitionis extra ordinem ratio eſt, vel quod ſtipulationem fundi conditio objecti inutilem facit, opera autem procuratoris à magiſtratu æſtimari poteſt; & cum propter operam præſtandam aliquid promiſſum ſit, non poteſt ſolo animo grato promiſſioni ſatisfieri (cæterū quo ad ædes non ſatis cautè earum ſtipulationem cum fundo conjungit Treutl. quia promiſſio ædium utilis eſt, ſi promiſſor habet ædes *argum leg* 71. *in pr. d. legat.* 1. de quo alibi,) Et in terminis contra Treutl. facit *leg.* 1. §. 10. *d extraord. cognition.* ex qua ſalarium utcunque nullum promiſſum ſit, extra ordinem peti poſſe probatur, tantùm abeſt, ut ille locus, de incerto ſalario explicari poſſit, facit *leg.* 13. §. 9. *C. de judic.* Neque obſtat *leg.* 17. *C. th. t. l.* 56. *§. pen. D. eod.* vel quia illa loca de actione ex ſtipulatu vel mandati explicari poſſunt, vel potius quia diſtinguendum eſt inter eos qui familiaritatis gratia operam præſtant, & aliàs etiam citra ullum ſalarium facturi erant, & inter eos qui tanquam ordinarii procuratores, v. c. in foro officium hoc tanquam artificium quoddam exercebant, & qui cum ſalarium nulla etiam præcedente promiſſione petere poterant, multo magis poterant qualicunque etiam promiſſione præcedente: quæ diſtinctio in terminis traditur *à Baldo in leg.* 1. *C. hoc tit.* ubi ita ſupplet gloſſ. quæ ibidem ſimpliciter negat actionem.

Ut aliquid ſummatim dicam, quæſtionis, an pro facto & opera præſtita aliquid & qua actione peti poſſit, deciſio pendet, ex qualitate contractus facti & perſonæ: contractus vel ſunt mercenarii vel gratuiti: facta vel ſunt locari ſolita vel non, & hoc vel quia ſunt honoratiora, vel quia ex illis nulla ad alium utilitas pertinet: perſonæ vel ex conditione ſua aliquid pro opera ſperant, vel familiaritatis gratia operam præſtant. Contractibus gratuitis ineſt conventio de aliquo accipiendo vel tacita vel expreſſa, & hæc vel de incerto vel certo: & ſi factum ſit locari ſolitum & promiſſa pecunia, in locationem §. *ult. Inſtit. mandati,* aliàs in contractum facio ut des negotium tranſit: quod idem obtinet ſi incertum promiſſum, & factum non locari ſolitum ſit *leg.* 5. §. 2. *d. præſcript. verb.* ex quo colligi poteſt idem eſſe ſi ex facto utilitas ad alium non pervenerit, alteri tamen aliquid abſit: quod ſi enim factum ſit honoratium, extra ordinem promiſſum petitur *leg.* 7. *hoc tit. & leg.* 1. *C. eod.* Quod ſi nihil omninò conventum ſit, nihil etiam peti poteſt, niſi aliud ſuadeat conditio & qualitas perſonæ, quæ propter officium aut artificium quod exercet commodi & lucri cauſa operam præſtare intelligitur, quam appello conventionem tacitam: idque accidit in artifice, advocato & procuratore extraordinario *arg. l.* 22. *de præſcr. verb. l.* 1. §. 1. *&* 10. *& l.* 4. *de extraord. cognit.*

Quorum operam olim.] Ex jam dictis conſequitur, verum non videri, quod Treut. hic ſimpliciter affirmat: quoniam hoc falſum eſt in iis qui quaſi mercenariam in foro & ordinariam navabant operam, qui licet mercedem certam non ſtipularentur, tamen poſt operam præſtitam ſalarium petere poterant, ſuper quo ipſis extra ordinem jus dicebatur: & jam oſtendimus falſum eſſe, quod Treutle. in ſpecie *d.* §. 10. ſalarium certum promiſſum fuiſſe reſpondet, cum præſertim ita ad pactum nudum ille locus eſſet reſtringendus, quod aliàs ex ſtipulatu vel actione mandati pacto informata uti licere ipſe ſtatuit Treutl.

LIT. F. & G.

Non ſatis animadverto, quamobrem hic contractus potius à mandatario quam à mandante appellatus videri debebat. Cæterum quod lit. G. ait, ſub fidejuſſoris nomine mandatorem contineri, non probatur ex cit. *l.* 6. §. 2. *h. t.* & tritiſſimum eſt, quod fidejuſſio fiat per ſtipulationem: & ſententiam illam ipſe quaſi deſtruit Tr. dum differentias utriuſque proponit, quæ utique fidejuſſori juxta Treut. propoſitionem in genere ſumto non poſſunt accommodari: alioquin differentiam illam, quod mandatum antecedat non evertit, quod in eandem ſententiam de fidejuſſore reſponſum eſt *in* §. 3. *Inſt. d. fidejuſſor.* quia

fidejuſſio hoc modo fit ſub conditione tacita & interim in pendenti eſt *l. 55. d. judiciis l. 57. d. fidejuſſ.* Non obſtat etiam quod ratihabitio mandatum dicitur. Vel quia propriè non eſt, vel quatenus eſt, fictione juris retrotrahitur.

THESIS II.

LIT. A.

Paulo confuſius hic agitur de duab. quodammodo diverſis mandati ſpeciebus, quarum altera cauſam propriam, altera magis reſpicit cauſam alienam, veluti ſi quis tertio pecuniam credi mandet: ad quem demum caſum mandator autor fieri, & periculum in ſe ſuſcipere dicitur, ut lit. A loquitur Tr. & qua demum mandati ſpecie mulier cum effectu non obligatur: quæ malè conjungitur cum furioſo, cum præſertim multis caſibus mulier Velleiano non juvetur.

Si filiusfam. vel ſervus.] Affirmat, quod ſi ſervus de rebus domini aliquid mandet vel de peculiaribus, quod actio in dominum detur. Atqui actio in ſolidum dari non poterit, & quod actionem de peculio attinet, nihil hic eſt ſingulare. Quin imò magis exiſtimo, quod ſervus extra cauſam peculii mandat, eo nomine nullo modo dominum obligari, nec actione quidem de peculio conveniri poſſe, per ipſam cit. *l. 33. in princ. d. procurator. & l. 3. §. 5. d. pecul.* neque enim puto quod *d. §. 5.* reſtringi debeat ad eum caſum, quo ſervus alicui pecuniam credi mandavit: neq; permittendum, ut ſervus extra cauſam peculiarem vel peculium non habens domini conditionem poſſit facere deteriorem: cæterum peculiaris negotii alia ratio eſt, quod conceſſione peculii, dominus tacitè facultatem contrahendi ſervo feciſſe intelligitur *argum. l. 1. §. 5. d. acquir. poſſ.* unde æquitas actionis de peculio deſcendit, quæ extra illum caſum nulla eſt.

Deportatum vel excommunicatum.] Hos affirmat mandare non poſſe. Ubi primò non rectè duos iſtos conjungere, & in utroque idem hac in re jus ſtatuere videtur: quoniam excommunicatio pœna eſt ſpiritualis nec bona nec adeò jus contrahendi adimens; licet canones eum in judicio per ſe comparere nolint *cap. intelleximus. d. judic.* ex quo ipſo eum mandare poſſe conſequitur. Deinde, quod ad deportatum attinet, eum contra quam putat Tr. mandare poſſe probatur tum arg. textus generalis *in l. 17. §. 1. de pœn.* tum ſpeciali textu *in l. 14. §. 13. d. interdict. & relegat.* ubi decitur quod deportatus teneatur utilibus actionibus, ut conſequenter etiam ab eo moveri eas poſſe ſtatuendum ſit: licet hoc loco magis de procuratore ad negotia tractetur, ut proinde non rectè Treutl. quaſi limitationis loco quorundam ſententiam ſubjiciat, qui deportatum ad negotia mandare poſſe ſtatuunt. Quorum aliás ſententia contra Tr. veriſſima eſt, & præter jam dicta probatur *ex l. 15. d. interdict. & relegat.* Et vitioſa eſt Treut ratio quod deportatus etiam poſt ſententiam omnia fiſco acquirat: quoniam id hactenus verum eſt, ut mortuo deportato ſuccedat fiſcus *l. 2. C. de bon. proſcript. l. 15. d. interd. & relegat.* ſtatim autem fiſcum bona illa non ſequuntur, ſed interim deportatus dum vivit, eorum adminiſtrator eſt, & quod citra fraudem fiſci fiat, ſuper iis contrahendi habet facultatem. Et porrò igitur vitioſè cum Cuiacio *l. 22. §. 5. mandati* explicat de relegato: ſiquidem relegatorũ bona irregulariter & ferè contra rationem juris publicantur *argum. l. 5. d. interd. & relegat. & ind. §. 5.* bona poſt quæſita negantur ſequi fiſcum comparativè & oppoſitivè ad ea bona quæ fuerunt tempore deportationis, quæ ſtatim ad fiſcum tranſeunt, illa verò demum mortuo deportato juxta *dict. l. 13.* quæ confirmantur ex collatione *l. 14. §. ult. d. tit cum d. l. 22. §. 5. h. t.* in quarum utraque de jure contrahendi & utilibus actionibus JCti reſpondent.

LIT. B.

Etiam mulier] Ait etiam mulierem mandatum ſuſcipere poſſe, modo ei non mandetur virile negotium. Equidem officia virilia objectum mandati non ſunt: nihil autem aliud voluit dicere Tr. quomodo etiam loqui debuit, mulierem rectè ſuſcipere mandatum, niſi incidat in cauſam & ſpeciem interceſſionis: quo tamen etiam caſu ipſo jure mandatum valet, ſed mulier læſa exceptione defenditur. Cæterum, quod interceſſio revera civile aut virile officium non ſit, oſtenſum eſt *diſp. 25.*

Non ſervus ne quidem ſi bona fide ſerviat.] Impropriè loquitur, pro eo quod dicere debuit, nec liber homo qui bona fide ſerviat. Videtur autem hic eſſe quædam captatio verborum: ſiquidem etiam ſervus mandatum ſuſcipere poteſt ſed actione mandati nec ipſe tenetur, nec dominium de peculio obligare poteſt. Quod attinet ad compoſitionem *l. 19. §. 2. d. negot. geſt. cum l. 13. §. 2.*

§. 2. *commodati*, dictum de ea ad *diſp.* 10. *th.* 4. quo ipſe Tr. ſe remitrit.

LIT. D.

Affirmat hic, ſi plures in ſe mandatum ſuſcepetint, ſingulos in ſolidum teneri, & quidem contra gloſſam indiſtinctè, etiamſi unus tantum geſſerit. Verum utcunque jure deficeremur, attamen ſententia gloſſ. quæ in caſu iſto prius eum conveniri vult qui geſſit, manifeſta nititur æquitate, & confirmatur exemplo tutorum plurium, qui inter ſe adminiſtrationem diviſerunt *l. ultim. Cod. dividen. tutel.* licet enim mandatarii voluntarium, attamen gratuitum officium, imò beneficium amico præſtant. Et eam gloſſ. ſententiam malè à Treutl. citatus Salicetus perſpicuè probat: ut fortaſſis gloſſ. ſententiam malè videatur cepiſſe Treut. quaſi vellet, etiamſi plures geſſerint, ſingulos pro partibus ſuis eſſe conveniendos. Illud perſpicuum eſt, quod unius ſolutione cæteri liberentur: vel quia ulterius non intereſt mandantis, vel quia hæc eſt natura omnium ex quacunque cauſa conſtitutorum correorum, ut una tantum ſit obligatio, quæ adeo facto unius correi, ſive credendi ſive debendi tollitur & conſumitur tota §. 1. *Inſtit. d. duob. reis. l. 2 D. eod.*

THESIS III.

LIT. A. & B.

Facta ſive res futura.] Minus propriè dicuntur mandati res, quia omne mandatum eſt de faciendo, juxta definitionem ipſius Treutler. *th.* 1. propoſitam. Et *in l.* 6. §. 3. *h. t.* mandatum rei turpis dicitur, quatenus in factum objectum turpe incurrit: & in theſibus proprietati verborum ſtudendum eſt, cum præſertim Tr. facta rebus opponat, neque hæc duo, quæ ſub diverſis proponit literis, pro iiſdem habuiſſe videri poteſt.

Quod tamen ita rectè limitatur.] Quod dixerat mandari res futuras, ita limitandum ait, ut ſi tantum habeat cujus negotium geritur, de cætero mandet, teneatur actione contraria mandati etiam quoad præteritum. Quæ limitatio minus concinnè & obſcurè proponi videtur: cum hoc Treutl. dicere voluerit, quod aliquando mandatum ſubſequens faciat, ut etiam præteritorum nomine actio detur, ſi ita habita, & porrò negotia gerenda fuerint mandata. Verum t. non video, cur tantum actionis contrariæ fecerit mentionem, ſiquidem directa actio non tantum ad implendum mandatum, ſed etiam ad rationes reddendas datur. Deinde ſimpliciter verum eſt, mandatum eſſe de futuris, & ratihabitio aut mandatum non eſt, aut eatenus pro mandato habetur, quatenus fictione juris retrotrahitur & retro currit. Tertio ad id, ut nomine præteritorum quæ rata habita ſunt, mandati agi poſſit, non neceſſum eſt de cætero in futurum mandatum aliquid eſſe: quod ſola ratihabitio actionem mandati inducere ſufficiens ſit, ſi modo meo nomine & mea contemplatione negotium geſtum proponatur: quod aliàs tantè etiam poſt rati habitionem neg. geſt. ſit agendum, de quo ſupra *diſput.* 10. Neque obſtat *lege* 56. *de judiciis* quoniam alia contractuum alia judiciorum ratio eſt, in quæ nemo citra mandatum actionem rectè deducit, eoque eum judicium nullum ſit, nihil etiam eſt quo eo finito ratum habeatur argument. *leg.* 24. *Cod. de procurat.*

Sed an de re incerta.] Quæritur hic, an mandatum rei incertæ valeat. Et aut ſimpliciter eſt res incerta, veluti de emendo aliquam rem, & procul dubio, utcunque pretium certum ſit, mandatum inutile eſt, aut quodammodo certa eſt, ſed incertam habet determinationem veluti fundus, de quo caſu agit citatus Salicet. quod exprimere debebat Treutl. & in hoc admitti poteſt ſententia Saliceti, valere mandatum, ſi pretium ſit certum: quod ex hujus quantitate fundi intelligi poſſit, neque adeò emtione minimæ partis fundi, quæ fundus etiam dicitur ſatisfiat mandato. Et hunc caſum non rectè omiſit Tr. nam ſi res certa ſit & determinata, utcunq; nullum expreſſum pretium, valere mandatum minus dubium eſt, quod quanti communiter vendi & emi ſolet mandatum intelligatur.

LIT. C.

Agit hic de explicatione *leg.* 6. §. *ult. h. t.* & improbat ſententiam Hottomanni (qui 5. *obſervat.* 10. adjecta negatione legit, *& non quaſi redemptor litis extitiſſet*) ex hac ratione, quod Ulpianus non tradat, quod ſibi de jure, ſed quid de facto & voluntate Marii Pauli videatur. Quam rationem ego non ſatis capio. ſiquidem JCti jus applicare facto, & ſuper hoc conſulti de jure ſoleant reſpondere: & omnino Ulpianus *d. loco* propoſita ſpecie facti, quid ſecundum jus reſpondendum videatur ſatis perſpicuè proponit. Videtur aliàs vulgata lectio tolerari poſſe: vel quia utique quædam quaſi redemptio litis

ſit.

Digitized by Google

eſt, licet non expreſſa, quod ſub alterius nomine Marius Paulus ſibi caveri fecerat, vel quia fortaſſis non omnis omninò redemtio litis ſimpliciter prohibita videtur. Planè redemptionem illam litis Ulpiano viſam fuiſſe, ſatis apparet, & omninò evincunt verba ſequentia, *quia mercede pacta acceſſerat ad talem redemtionem* quæ Hottomañus non videtur ſatis advertiſſe.

Lit. E.

Quæ hic de definitione tractantur proponenda erant ſub. *theſ.* 1. Verum aliàs eſt, non omnia ponenda eſſe in definitione: qua tamen in re ſæpe peccat ipſe Tr. dum differentias generis ponit in definitione ſpecierum, & in ipſa definitione, mandati hoc modo peccavit, ut notatum *d. th.* 1. Cæterum cum definitiones accuratæ ſint rationes, & deſcriptiones melius & magis perſpicue naturam rei exponant, in terminis propoſitis non valde peccaverit qui tale quid, quo objectum mandati ad rem honeſtam reſtringatur, definitioni inſerat.

Lit. G

Quæſtio hic proponitur, an qui mandat vulnerari, ſequuto homicidio teneatur de occiſo. Illud conſtat, nullam hic contrahi obligationem mandati, ita ut nec qui ſuſcipit ad implendum ullo modo directa, nec qui mandavit ullo modo contraria actione conveniri poſſit. Itaque liquidiſſimum eſt, quod lit. F. Tr. receptum eſſe, ut ſi mandatarius delicti nomine pœnam præſtiterit, eam à mandante recuperare nequeat: quoniam cum ex ratione juris nulla plane contrahatur obligatio, nulla actio eſſe poteſt, & adeo mandans non occaſione mandati, ex quo obligatus non fuit, imo quod ſuſcipiendo peccavit, ſed propriæ culpæ & delicti pœnam præſtat: neque adeo opus eſt confugere eo, quod lex nihil ipſius fingat intereſſe. Igitur hic non de obligatione mandati, ſed de ſcelere & delicto quæritur ex quo juxta jam dicta mandatarius, ſed ita appellandus eſt, omnimodo tenetur, tenetur & mandans, perinde ac ſi ipſe delictum commiſiſſet. *l. decimaquinta. § primo. ad L. Cornel. d. Sicar. l. undecima §. tertio. d. injur. l. 5. C. de accuſat. l. 5. Cod. ſi reus vel accuſat. mort.* Jam ut ad propoſitum revertamur, de quæſtione ita ſentit Tr. eam jure Canonico affirmandam, ſed jure civili negandam; Vtrumque dubium videtur; & quod ad jus Canonicum attinet Tr. affirmatio fundatur tantum *c. ult. de homicid. in 6.* quod tamen, ut ex qualitate pœnæ colligitur tantum ad clericos, quos Canones volunt eſſe magis inculpatos, pertinere videtur: ſed & quod irregularem effici ait mandantem, non protinus inde ſequitur, eandem pœnam utrumque manere: multo minus ex eo, quod ait, eum cogitare debuiſſe, quod tale quid ſequi potuerit: quoniam hoc non tam dolo, quam culpæ, cujus etiam diſerte *in d. cap.* mentio fit, adſcribendum videtur: cum etiam lata culpa in criminalibus dolo non comparetur, nec exæquetur: cum inſuper *in d. c.* agatur de eo, qui expreſſe inhibuit, ne alter occideretur. Poſſit tamen fortaſſis videri cum Jura Canonica mortis pœnam non irrogent, hactenus eadem pœna utrumque teneri, quod cum ex Iure Canon. irregularitas maxima pœna clericorum eſſe videatur, hac pœna ille quoque dignus ſit, qui tale quid mandavit: ut tamen inde eandem culpam & idem delictum utriuſque eſſe minime conſequatur: quod inde confirmatur, quia ex *dict. cap.* etiam qui tantum verberari mandavit efficiatur irregularis: ex quo omnino conſequitur, pœnam illam morti adæquatam non eſſe. Quod ad jus civile attinet contra Tr. mandantem de occiſo teneri, commode defendi poteſt 1. ex oratione ICti *in l. 48. § 5 d. pœn.* quod ſcilicet hæc res ſit màli exempli, 2. argum. *l. 15. ad L. Cornel. d. ſicar.* quia mandans utique præbet cauſam mortis, præſertim cum non poſſint vulnera infligi ad menſuram, & locus ſæpe letale vulnus faciat, & declinatione aut inflexione corporis facile contingat, ut ictus accidat gravior, 3. quia mandatarius utique de occiſo tenetur: eadem autem in delictis mandantis & mandatarii ratio eſt; & quæ pro mandante afferuntur, quod deſit animus occidendi, eadem faciunt pro mandatario: & contra quæ contra hunc, etiam contra illum: & cum mandans teneatur, ut ipſe mandatarius, utique ſi quis licet vulnerandi tantum animo verberans aliquem occidat, L. Cornelia tenebitur, quia ſufficiet adeſſe animum malitioſum ad id, ex quo proxime mors ſequitur: ut non obſtet *l. prima, §. tertio, de ſicar.* quia loquitur de eo, qui in rixa inſtrumento tali, quo occidi homines non ſolent, percuſſit, & ita caſu quodam occidit. Neque facit pro Tr. quod vulgo tradi ſolet, mandati fines præciſe eſſe cuſtodiẽdos adeoq; mandatariũ eos excedere non debuiſſe, & quia exceſſit, mandanti hoc imputari non debere: quia Reſp. 1. non fuiſſe in poteſtate mandatarii fines mandati cuſtodiri, eoque quæ ex mandato ſequuta ſunt, omnia mandanti eſſe imputanda: ex

quo

Digitized by Google

quo probabilis poteſt videri eorum diſtinctio, quam improbat Treut. an mandatarius aliàs fuiſſet facturus, necne: quia ſi hic non quod alius juſſit, ſed propria ira vel odio occidit, ipſe non mandatarii, ſed principalis habet rationem. 2. Reſp. mandatum in contractibus cum mandato in delictis comparari non poſſe: quia in illis mandans non obligatur ex eo, quod mandatarius geſſit, ſed hic perinde cum mandatario obligatur, quia proprie & vere hic mandatum non eſt; & conſequenter perinde obligatur mandans, atque ſi ipſe feciſſet: & proinde ſi mandatarius de occiſo tenetur, qui ex juſſu deliquit, tenebitur etiam mandans: & plane ſi mandantem defendamus ex eo, quod careat animo occidendi, ex ead. ratione mandatarium, qui juſſum ejus ſequutus eſt, excuſabimus, ſiquidem ex vulnere præter opinionem mandatarii, gravius vel alio loco inflicto, mors fuerit ſubſequuta: ideoque ſi tantum flagellis vel alapis aut baculis cædi aliquis juſſerit, quoniam hic intra terminos ſe continere poteſt mandatarius, occiſio non erit imputanda mandanti. Et hoc caſu extra ordinem puniri mandantem notat ex doctoribus *Menoch. d. arbitrar. caſ. 352.* Et hæc ſententia defendi poteſt, etiam ſi quis, juxta *c. ul.* inhibuerit, ne aliter occidatur: tum quia res mali exempli eſt, tum quia modum præſcriptum ſervare in poteſtate mandatarii non eſt.

Sed ſi primo.] Ait ſi quis occiſus ſit à famulo, humanius eſſe, ne præſumatur intereſſiſſe mandatum domini. Imo non tantum æquitati, ſed juri id convenire exiſtimo: quoniam quod actionem leg. Corn ad quam hæc quæſtio pertinet, ei locus non eſt, niſi mandatum intereſſiſſe liquidiſſime fuerit probatum. Enimvero mandatum hoc delictum cum ſit, præſumi non poteſt, maxime cum Tr. loquatur de famulis hodiernis, liberis hominibus: licet & in ſervis idem dicendum putarim, vel quod generale eſt, eiuſmodi atrocia non præſumi mandata, vel quoniam ſervi ejuſmodi juſſis parere non tenentur, & ſi pareant, non excuſantur. Tanto minus dubitandum, eſt idem obtinere in amico, cujus etiam hic Tr. mentionem facit, nec ſatis bene eam cum famulo conjungit.

THESIS IX.

LIT. A.

Alieniore loco hic de actibus legitimis tractat, & in eorum definitione loco generis ponit legis actiones. Verum cum Cujac. plane hic ſentio, inverſo modo ſe rem habere, & actus legitimos latius patere quam legis actiones, videl. ſecundum uſum juris noſtri, quo hoc verbum actionum legis tantum voluntariæ juriſdictionis actibus tribui videtur, cujus rei ratio expoſita eſt ſupra *diſp. 2. th. 4. inf.* Et defendi poteſt contra Tr. vocationem in jus, litis conteſtationem, actus legitimos eſſe, quod præſertim ex ratione juris antiqui, certis quibuſdam formulis peragebantur.

Et igitur actuum legitimorum genus vitioſum eſt: nec minus vitioſa differentia, quod ſint expediendi coram illo, cui id ſpecialiter à lege indulgetur. Hoc n. exemplis & ſpeciebus actuum legitimorum, quos *ex l. 77. de reg. iur.* ipſe Tr. refert perſpicue refutatur: ſiquidem nihil neceſſe eſt, ut acceptilatio, aditio hæreditatis, ſervi optio & quævis mancipatio coram judice vel magiſtratu peragantur, non ſatis bene coram ipſo fieri dicitur. Cæterum pro mancipatione, cujus mentio *in d. l. 77.* quæ res mancipi optimo jure transferebantur, de prolixe Revardus *ad L. L. XII. tabb. c. 16.* non recte Treut. ſubſtituit *emancipationem*, quæ in ſpecie eſt legis actio, & fit coram magiſtratu, cujuſmodi etiam eſt adoptio, cujus nulla *in d. l. 77.* mentio eſt: ut adeo appareat à Treut. ea quæ omnino diſtinguenda erant, non recte confuſim tractari.

Quod vero.] Proponitur explicatio *l. nemo 123* (in vulgatis eſt *l. 165.*) *d. reg. iur.* quam Tr. dicit pertinere ad ſubtilitatem iuris veteris, quo actio uni quæſita non niſi per ceſſionem in alium poterat transferri. Verbum 1. phraſis hæc vel propoſitio: nemo alieno nomine lege agere poteſt, non recte videtur explicari per hanc propoſitionem: nemo actionem alteri quæſitam, niſi per ceſſionem in ſe translatam in iudicio movere poteſt. Sed & nec iure pandectarum citra quandam ceſſionem, actio in alium quocunque modo transferri poteſt: neque *in d. l. 123.* ullius acceſſionis mentio fit, & quicunque ut procurator actionem intentat, alieno nomine utique agit. Quod ſi Tr. de ſpeciali ceſſionis genere quæ in iure fiebat, & per quam totum ius à cedente abibat, accipias, eo caſu non alieno, ſed proprio nomine agebatur. Et hinc nec fieri poteſt *ad d. l. 123.* explicatio Decii non poſſe agi citra mandatum: quia nec de hoc ulla dubitandi ratio eſſe poteſt, & qui etiam ex mandato agit, alieno nomine agit. Non etiam probo *Hottomann. 1. amicabil. reſponſ. 30.* ubi itidem dictum locum te-

Digitized by Google

fert ad jus priſcum, quo niſi paucis caſibus alieno nomine agere licebat *tot. titul. inſtitution. de his per quos agere.* Etenim improbabile eſt, quod Ulpianus de jure jam pridem obſoleto reſponderit, & magis quod illud hoc ſenſu Tribonianus in Pandectas retulerit. Verius eſt, legis actiones in ſpecie *d. l.* 123. intelligendas eſſe de actibus juriſdictionis voluntariæ, quæ per procuratorem expediri non poterant: quomodo uſurpantur in *leg. prima. C. de adoption. l.* 4. *D. eod. l. tertia. d. offic. proconſ. leg.* 1. *de offic. Iuridici*, de quo actum ſupra diſp. 2. theſ. 4. Quibus conſequens eſt, male ab Hottomann. & Tr. *d. l.* 123. referri ad querelam inofficioſi: & eſt revera jejuna iſta & inanis conjectura, quæ ſumitur ab inſcriptione & collatione paucarum aliquot legum: & alias etiam §. 1. *d. l.* 123. ad materiam querelæ referendus eſſet: & quod index Labitti oſtendit *lib.* 4. ad Edictum Vlpianus (eſt enim apud Tr. error Typograph.) de aliis etiam materiis tractavit.

Lit. B.

Quæ hic de ea aditione hæreditatis proponuntur, an per procuratorem fieri poſſit, remitmittimus ad partem 2. diſp. 12. Quod autem obiter Treutl. *in l. actus*, 77. *d. R. I.* probat lectionem Florentinam affirmativam, ex eo dubium fit, quod inconcinne & incommode dicitur; actus legitimos, qui recipiunt diem per diei adjectionem vitari: cum in uſu juris ſimul & proprietate verbi, idem ſit recipere diem, quod admittere diem, & pati, ut adjiciatur dies. Et lectionem vulgatā negativā exempla ſubjecta ſuadent, quę diei aut conditionis adjectionem non admittunt. Quo poſito falſum erit, quod tradi ſolet, nullos actus legitimos recipere diem & conditionem: ſed quoſdam eſſe, qui diem & conditionem admittant: quo admiſſo tanto verius erit, quod de latiori ſignificatu actuum legitimorum paulo ante dictum fuit. Cætera ſub lit. C. D. E. propriis locis tractantur, & jam iſta minus diſtincte à Tr. tractari admonuimus.

Lit. F. & G.

Lit. F. attingitur aliquid de lectione *l.* 13. *d. acceptila* in qua ſane expeditius & commodius legeretur, ſine novatione: vel quia nihil alias ſine mandato fieri poteſt, vel quia, ut procurator accepto ferre poſſit, non ſufficit mandatum, cum acceptilatio ſit actus legitimus, ſed per novationem prius obligationem, transfuſam eſſe oportet. Neque citra explicationem tolerari poteſt vulgata lectio, ut ſcilicet per conſequentiam etiam hoc, ut prius novatio fiat, mandatum intelligatur. Quod ad optionem ſervi attinet, ſpeciale videtur in ea, quæ teſtamento data eſt per *l.* 77. *d. reg. iur.* cui ſententiæ omnino nulliter objicitur *l. pen. d. opt. legat.* quippe in qua expreſſe matri jus eligendi & optandi conceſſum proponitur.

THESIS V.

Serius hic proponit diviſionem mandati, quæ tractioni de perſonis & rebus præmittenda erat. Et initio quoque theſis otioſa videtur vox, *itaque*, quoniam diverſo propoſita ex præcedentibus non infertur.

Lit. B. & C.

Diviſo in mandatum generale & ſpeciale certo jure probatur: ſed de illius ſub diviſione videndum eſt, quod aliud ſit cum libera aliud ſine libera: quam communiterā Dd. probatam ſubdiviſionem admittit etiam *Ant. Fab. in l.* 58. *d. procurat.* & videtur ea confirmari ex collatione *l.* 63 *d. procurat. cum l.* 9. §. 4. *d. acquir. rer. dom*: quæ non niſi remedio hujus diſtinctionis conciliari poſſe videntur. Et cum quæ ſpeciali mandato opus habent, generali mandato contineantur, *l.* 17. §. 16. *de iniuriis l.* 7. §. 1. *quib. mod pign ſolvit. l.* 24. *d. minorib. l.* 47. *d. procurator. l.* 25. §. *d. acquir. hæred.* ea tamen fere mandato generali cum libera contineri communiter tradunt Dd. Facit quod *in l.* 53. *de procurat.* procurator cum libera poſſe exigere dicitur, cum procur generalis ſine mandato iudicio cōparare nō poſſit: & tandem eodem modo adminiſtratio peculii in ſimplicē & liberam diſtingui videtur *ex l.* 10. *C. quod cum eo qui in aliena, &c.* Non deeſt tamen omnino, quod his reſpondeatur: & in primis verum non videtur, generali mandato cum libera omnia contineri, quæ ex mandato ſpeciali expediri poſſunt: quia cum qualicunque poſito mandato, procurator tamen ſit & maneat, abſurdum ſit tantundem iuris, quod dominus habet, ipſi tribuere: neque dubium eſt, donandi quidlibet remittendi ius in ſpecie recte mandari, quod tamen qualicunque generali mandato non contineur, *arg. l.* 1. §. 1. *quæ res pign. oblig. & l* 17. §. *quib. mod pign. ſolvit.* Porro adiecta diſtinctio adminiſtrationis peculii, dubia videtur: quia eadem de adminiſtratione peculii ſimpliciter dicta

& ea

Digitized by Google

& ea quæ libera appellatur, prædicari videntur *per l.3.§.ult.de pign.act.& l.41.§.1.de reivind.l.15.§.ſed etſi d.diverſ praſ.r.l.13.in fi.pr.d.cond.ind.jũcta l.48.in pr.& §.1 de pecul.in fi.de nov.l.28.& 2.d.pa.* nbi libera adminiſtratio, & ſimpliciter conceſſa pro eodem haberi videntur: quo *facit l.3,in fi. ad SCtum Macedonian, & l.8.§.5.quib.mod.pign.ſolvit l.filius fami.l.in princ de don.* licet in contrarium moveat *l.7.§.1.in fi de pecul.* ubi dicitur, liberam peculii adminiſtrationẽ ſpecialiter eſſe concedendam niſi quis dixerit ſimplici conceſſione peculii nulla facta adminiſtrationis mentione, ius quoque adminiſtrandi conceſſum non eſſe: quod tamen contra videtur, cum fruſtra concedatur peculium, ſi omnis adminiſtratio ſit adempta. Aliter reſponderi poſſit, quod *in d.l.7.§.1.de pecul.* conceſſio peculii opponitur, non ademptioni, id eſt, ubi dominus non adimit peculium: quia poteſt ſervus etiam citra conceſſionem aliquam ſpecialem peculii, vel ex parſimonia ſua. vel ex largitate aliorum peulium habere, quod recte peculio in ſpecie à domino dato & conceſſo opponitur. Porro *l.58.* etiam de exactione extra iudiciali accipi poteſt: ſed & ponendi ſunt termini habiles in actione iudiciali, ad quam procurator generalis cum cautione rati admittitur *argum l 5.§ 18.l.nov.oper.nuntiat.* ſicut & reſponſum eſt de ſimplici procuratore omniũ bonorum *in l 12.d.pact.* quod rem in judicium deducere poſſit. Quod denique attinet *ad l.9.§.4. de acquir.rerum dom.& §.nihil.autem Inſt eod.* reſponderi poteſt. 1. reſtringenda illa loca eſſe ad alienationem rerum tempore periturarum, & quæ ſervando ſervari non poſſunt. 2. Sumi poteſt reſponſio à verbis, *ex negotiis*, ut intelligatur permiſſa non quævis alienatio: ſed quam conditio negotiorũ & adminiſtrationis ratio requirit 3. plus interdũ videri poteſt ineſſe mandato generali ex veroſimili mente mandantis, velut ſi mandaverit peregre profecturus, qui caſus eſt *d.l.9.§.4. de acquir.rer. domin.* 4. dicendum eſt, quædam mandato generali ſemper & recta contineri, quædam aliquando in ſubſidiũ, & in caſu neceſſitatis. cuiuſmodi ſunt tranſigere iuramẽtũ deferre paciſci: unde cõciliari poſſunt textus in ſpecie pugnantes *l.9.d.proc.& l.12.d.pact.juncta l.17.§.2.& 3. de iureiur.* neque n. aliàs ius tranſigendi, iuramentum deferendi, aut paciſcẽdi procuratori concedi poteſt, q̃ ut id nec omnino gratuito nec ſuper re liquida, ſed omnib. aliis ꝓbationib. deficientib. quo caſu tantũ tutori, qui potior procuratore eſt, hoc conceditur *l.45.d.iureiur.exerceat.* Quæ ſane conciliatio & explicato potiꝰ admittenda videtur, q̃ ut cum Cuiac. inter tranſact. decidẽdi & diminuendi cauſa initã diſtinguamus, aut cum Dd. text. *in d.l.12.d.pact.& in l.17.§.3.d.iureiur.* contra proprietatem verborum, quia ſimpliciter de procuratore omnium bonorum loquuntur ad procuratorẽ cum libera reſtingamus: de quo etiam ſupra *diſput.7.theſ.2.lit.C.* & adde *Duar.ad l.1.§.20.de acquir.poſſeſſ.* Dõ 4.*Comment.*20.*Vand.lib.1.quæſt.47. Pacium cent.2.cont,57.* illud plane admittendum eſt, formam mandati ita cõcipi poſſe, ut laxior & plenior poteſtas conceſſa intelligatur, ut in ſpecie *l.creditor 60.§ ult.h.t* Porro *Salicet.in l.26 h t.n.* 2. quem Tr.lit D.improbat in quæſtione, an & quatenus mandatum morte finiatur, ſpeciem mandati facit de ſubjecto ut loquitur, *univerſali*, videlicet ſi quis aliquem faciat inſtitorem. quod licet proprie huc non pertineat, illud tamen verũ eſt, quo ad quæſtionem jam dictã, & alios effectus, ſpecialem eſſe. hujus conſtitutionis & mandati naturã, de quo actum ſupra diſput.24.th.7. Tacitũ autem mandatũ, de quo lit.E, ex citat. textibꝰ illud eſſe apparet, ubi quis pro aliquo præſente & patiente aliquid facit, quoniam ita patiens pro mandante habetur *arg.l.60.d.reg.iur.*

Lit. F.

Ait obligari eum ex mandato, qui epiſtolam accepit, neque ei contradixit. Contrarium verius exiſtimo, quoniam hic conſenſu mutuo opus eſt, neque hac in re, ubi de obligando alio, & contra eum actione mandati quærenda tractatur, tacens habetur pro conſentiente, quod tantum non diſerte probat *l.8.§.invitus d.proc.* nbi pro invito haberi in hac materia dicitur, qui conſenſiſſe non probatur. Facit quod mandatum operam & factum alterius deſiderat: & utcumque præſens & tacens pro conſentiente haberi poſſint, aliud tamen eſt in abſente, ad quem miſſa eſt epiſtola, qui vix unquam ſi taceat, pro conſentiẽte haberi poteſt: cum & multa incidere poſſint & impedire, ne epiſtolæ reſpondeatur, nec quiſquam reſpondere teneatur, & potius nõ reſpondens pro recuſante habendus videatur. Si tamen antea tractatio quædam præceſſerit, aut aliæ circumſtantiæ incurrãt, poterit in hypotheſi ſententiæ Treut. eſſe locus *adde not.ſub.diſt.6, d pactis,th.1.lit.B.*

Digitized by Google

LIT. G.

Proponit in exegeſi etiam illam ſpeciem, quando tantum ipſius mandatarii cauſa ſit mandatum. Non ſatis recte: quia cum ipſo fatente hoc conſilium potius ſit, inter ſpecies mandati non recte infertur: ſicut & à ſpecieb. removetur *in pr. Inſt. h. t. & in l. 2. in pr. D. eod.* Nec ſatis convenit, quod ipſe ſubiicit, tum eſſe obligatorium, ubi alter alias id facturus non fuiſſet: quoniam conſilium qua tale nunquam obligatorium eſt. Cæteroquin illa Tr. limitatio probatur *ex l. 6. §. 5. h. t.* cui obiicitur §. tua tantum 6. *Inſt. eod.* ubi ait. Juſt. quemlibet explorare debere & poſſe, an ſibi expediat conſilium: cui conſequens eſt damnum quod ſenſit, ipſum ſibi imputare debere. Intereſſe videri poteſt, an alter forte jam præparatoria fecerit nec ne: vel potius diſtinguendum inter conſilium ſimplex, & quod habet vim aliquam impulſivam, & per ſuaſivam, quod terminos conſilii excedere, & quodammodo ſpeciem mandati habere videtur. Quod autem addit obiter hac lit. in delictis conſilium ſemper obligare, minime ſimpliciter verum eſt, de quo agitur infra *part. 2. diſp. 30. th. 3. lit D.*

THESIS VI.

LIT. A.

Otioſe & odioſe repetit hanc controverſiam tractatam ſup diſp 20. th. 3 an pecunia ex cauſa mandati debita pacto in mutuum converti poſſit: circa quod pugnantes ſunt textus *in l. 15. de reb. cred. & in l. 34. D.* mandati, de quibus actum eſt diſp. 20. Minus commode etiam tractatio iſta cum modis, quibus mandatum ſolvitur, una eandemque th. coniungitur.

LIT B.

Ait in th. voluntate contraria ſolvi mandatum, ſi res adhuc ſit integra. Quod aut ambigue, aut falſo dici videtur: quoniam mandans, quod ſit citra fraudem & detrimentum mandatarii, ſemper mandatum revocare poteſt, cum præſertim etiam ubi res amplius integra nō eſt, aliquando nihil mandatarii intereſſe poſſit. Cæterum videtur Treutl. exiſtimare etiam mandatarium re integra libere poſſe renuntiare mandato, tum quia ſubiicit verbum *alterutrius*, tum quia rationem reddit, quod re integra nondum ceperit noſtra. ſcilicet mandantium intereſſe. Et iſta tamen ſententia minime admittenda eſt, & omnino alia hic ratio mandantis, cuius ſolius utilitatem reſpicit hic contractus, alia mandatarii, qui officium ſuſceptum, niſi iuſtiſſimas habeat cauſas, quæ proponuntur *in l. 8. § ulti. cum ll. ſeqq. de procurat.* implere cogitur, & ſemper intelligitur intereſſe & revera intereſt mandantis, ut fiat id, de quo conventum eſt. Et ut hoc coniungamus, ſecundum hæc accipiendum eſt, quod ait hac th. lit. E. mandatum ſuſceptum omnino eſſe implendum. Equidem mandatarius præciſè ad implendum non tenetur, quia mandatum continent obligationem facti, in cuius locum id quod intereſt, ſuccedit *l. 13 §. ult. de re iudi.* Secundum quod explicandus eſt §. *mandatum 11 h. t. & l. 22. §. ult. D eod.* ubi dicitur quod intempeſtiue renuncians, vel ex iniuſta cauſa, teneatur actione mandati, videlicet non ad faciendum præciſe: Sed ad intereſſe præſtandum. Et iſtam differentiam inter contractum mandati, & alios contractus, licet non omnino in iiſdem terminis notat *Ioh. Fab. in §. recte quoque 9. Inſt. de mandati.*

LIT. C.

Alia cauſa, ex qua mandatum ſolvatur, hic proponitur: mors alterutrius. Et de mandatario quidem dubium non eſt, hactenus ſcil. ut mandatum implere hæredes eius nec debeant nec teneātur, licet eo nomine, quod à defuncto geſtum eſt, dubio procul habeant actionem. Quod ad mandantem attinet, res dubio non caret, propter textus diverſimode loquentes *in l. 12 §. ult. cum l. ſequ h. t. & in l. ult. de ſolut* quem textum poſteriorem Cujac. 1. *obſerv* 38. corruptum & ita legendum exiſtimat: ei qui mandato meo ſtipulatus eſt, poſt mortem meam recte ſolvitur &c. & ſtatim: ei autem cui juſſi debitorem meum ſolvere, poſt mortem meam non recte ſolvitur. Sed Cujacio recte contradicit *Hottomann. 2. amicab reſponſ.* 38. & ſane in prima ſpecie legis, cur recte ſolvatur ei qui poſt mortem alterius ſibi ſtipulatus eſt, ut recte habet vulgata lectio, perſpicua ratio eſt, quod per ſtipulationem ipſi obligatio & jus quæſitum eſt, quod morte tertii auferri ipſi nequit, cum etiam conſtet, recte nos ſtipulari, ut poſt mortem tertii nobis aliquid detur *§. item poſt. 15. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* idque eſt quod ait *Accurſ. in d. l. ult. de ſolution.* ideo ei ſolvi poſſe, quod actionem habeat ex ſua ſtipulatione. Sed & in poſteriori ſpecie cur non recte ſolvatur ei, cui juſſi debitorem meum licet poſt mortem meam ſolvere, ut itidem vulgata habet lectio, in obſcuro ratio non eſt, tam quod ex iſto mandato tertio nullum jus quæſitum eſt, tum quod illa adjectio, *poſt mortem meam*, non mutat naturam mandati, cujus iſta qualitas

& eſ-

Digitized by Google

& eſſentia eſt, ut mandatoris morte expiret. Verum poſteriori huic ſententiæ non parum obſtat *l.12.§.ult. & l.ſeq.h.t.* ubi ex cauſa mandati poſt mortem eius qui mandavit collati, actio mandati eſſe dicitur. Contrarium hoc durisſimum & ſcabioſum appellat Salicet. *in d. l.13. h. tit.* ubi varias proponit diſtinctiones & conciliationes, & primo quod interſit, an mandatum finiri interſit hæredum nec ne. 2. quod interſit, an tale quid mandatum ſit, quod poſt mortem demum poteſt aut debet ſortiri effectum nec ne: quæ eadem reſponſio eſt *Hottom. 2. amicab. reſp. 38.* ubi ſpeciale ait eſſe in mandatis, quæ mortis cauſa injunguntur. 3. quod interſit, an mandatum directum poſt mortem ſit implendum in perſona tertij, an ipſi defuncto vel hæredi. 4. quod *in d. l. ult. de ſol.* non intelligendum ſit, quaſi in genere per mortem ſolvatur mandatum, ſed tantum quoad effectum, ut non recte ſolvatur. 5. quod *in d. l. ult.* verba, *poſt mortem meam,* non conjungantur cum infinitivo, *ſolvere,* ſed cum verbo, *ſolvitur:* quæ ſententia à gl. *in d. l. ult.* propoſita, in effectu convenit cum ſententia & lectione Cujac. Alius ſcrupulus eſt *ex l. & ſi quis 14. ſi cui de religioſ.* ubi in ſpecie *l 12. §. ult. h.t.* videtur dari actio de dolo, quam cum actione mandati, utpote ordinaria non concurrere vulgo receptum eſt. Verum ſup. ad diſp. 11. theſ. 6. oſtenſum eſt, actionis dolo cum alia actione famoſa, qualis eſt mandati concurſum defendi poſſe. Alias duas reſponſiones adfert Salicet, vel quod ibi data fuit pecunia pro funerando, quod repugnat naturæ mandati: vel quod de ejuſmodi facto ibi tractatur, quod in vita mandantis ut expediatur, impoſſibile eſt. Mihi vero alius adhuc nõ levis, quem tamen à nullo moveri video, occurrit ſcrupulus, quod ante Iuſtin. contra hæredes & ab hæredibus actionem incipere non potuiſſe conſtat: propter quam ſolam cauſam poſt mortem ſuam vel promiſſoris inutilis erat erat ſtipulatio *§. poſt mortem 12. Inſtit. de inutil. ſtipulat* Atqui in ſpecie *l. 13. h.t.* ſi quis mandaverit poſt mortem ſuam hæredib. emi fundum, non animadverto, quomodo non actio mandati incipiat ab hæredibus, quam in eo caſu competere & Doctores admittunt omnes, & evincit cõnexio cum *l præcedent. §. ult.* in quo cum actio mandati hæredibus dari dicatur, idẽ eſſe reſpondetur in caſu l 13 Hinc neſcio an forte *in dict. leg. 13.* verbi, *poſt mortẽ meam,* adjecerit Tribon. aut ex ſententia Hottomanni ſpeciale ſit in mandato ad monumentum faciendum, ſiquidem textus ita reſtringi poteſt: aliud quod interim reſpondeam, non occurrit. Neque moveor quod *ex leg. 137. §. ult. inde verborum obligationibus.* ubi hoc communiter Dd. notant, probatur, hæredi ſuo recte quem ſtipulari: quoniam plane exiſtimo, neceſſe eſſe, ut ex ratione juris veteris adjecta ſimul fuerit perſona ſtipulantis. Illud enim cavillatorium fuerit, ſi quis exiſtimet, expreſſam ſaltem mortis ſuæ mentionem obfuiſſe ſtipulationi: ſed & ſive expreſſe ſive tacite hoc factum proponas, perpetuò obſtat illa regula juris antiqui, quæ actionem ab hæredib. incipere vetabat: quod utique contingere neceſſe eſt, ſi quis tantum hæredi ſuo ſtipuletur: quoniam ratio illius juris erat, quod obligatio quæ nunquam in defuncto conſtitiſſet, non poterat transmitti, ſed & *in d. l. 13 h.t.* verba, poſt mortem meam expreſſe adiecta proponuntur. Uti tamen actioni etiam nõ adiecta perſona patris locus eſſe videtur *ex l. 45. §. 2. de V. O.* ubi ex hac ſtipulatione poſt mortem meam filiæ meæ dari, utilis actio competere filiæ reſpondetur: licet & illum locum à Tribon. corruptum putet *Anton. Fab. in leg. 21 de pact.* niſi quis forte id ad caſum dotis filiæ reddendæ reſtringendum exiſtimet. Illud apparet ſi cui perſonæ rectè ſtipuler, ut ipſi quæratur actio nihil intereſſe poſſe, an poſt meam mortem ſtipulatio conferatur nec ne.

LIT. D.

Proponit in theſ. aliis quoque modis ſolvi mandatum, & exemplum in exegeſi proponit, mutationem ſtatus in deterius, & hoc modo ipſo iure mandatum ſolvi affirmat. Id quidem *ex citat. cap ſi quem de procur. in 6.* non probatur, neque de eo tractat Iaſon. Cynus autem ad tit. D. mandati, non ſcripſit, (*in l. ſancimus. C. de teſta.* (*ubi* tribus verbis ait, procuratorem videri revocatum, ſi efficiatur ribaldus,)ſed altero cit. loc. *in l. rogaſti 11. § ſi fugitivus. 2. de reb. cred.* ubi hoc exemplificat in procuratore bãnito vel ribaldo. (quo verbo quid intelligat ipſe & Mozzius in cap. de mod. ſolvend. mandat, mihi non ſatis liquet.) ſed in bannito expedita ratio eſt, quod hoc modo caput de civitate eximitur: neque hic caſus diſtinctim proponendus erat, quem Treut. lit. C. ſub caſum mortis, quæ vel civilis eſt, vel naturalis eſt, retulerat. Cæterum etiam minima capitis diminutione ſtatus in deterius mutari poteſt: quo caſu, ſi v. c. paterfam. arrogetur, ſen-

tentiam Tr. generaliter propoſitam falſam eſſe non dubito. Sed non debebat Treutl. tantum mentionem facere ſtatus mutati in deterius: quoniam hoc etiam obtinet in caſu in melius mutati ſtatus, v. c. ſi ſervus diſpenſator: manumiſſus ſit *§. item 10. Inſtit. h. t. l. eius qui, 41. de reb. cred.* Vide hac de re infra *part. 2. diſp. 29. th. 4. l t. A.* ubi quæritur: an mutato ſtatu adjecti facultas ei ſolvendi intercedat, quoniam iſte procuratoris inſtar eſt *arg. §. ſi quis 4. verſ. plane. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* In eo quoque oſtendit hic Treutl. quod confuſim proponit modos, quibus ipſo jure mandatum ſolvitur, velut mutationem ſtatus, mortem & modos qui tantum præſtant juſtã cauſam revocandi & renunciandi quæ proponuntur *in l. 8. § ult cum ll. ſeqq. de procurat. & in l. 22. §. ult. cum ll. ſeqq h. t* ex quarum numero ſunt hac lit. D à Tr. propoſiti morbus & inimicitiæ. Hinc & alterum vitium notari poteſt, quod cum duos hos modos opponat præcedentibus & ab iis diſtingvat, attamen accuratius iſti modi referuntur ſub caput voluntatis contrariæ, quæ ſcil. declaratur revocatione & renunciatione. quarum utraque ex cauſa inimicitiarum morbi, &c. fieri ſolet. Nimirum ita jus eſt, ut mutare voluntatem liceat, idque vel libere, vel præſtito eo, quod alterius intereſt, & hoc indiſtincte, illud vel re adhuc integra, vel ex iuſta ſupervenienie cauſa, ut tamen & hic quod cujuſque ante cauſam illam ſupervenientem & voluntatis ſequutam declarationem intereſſe cepit, utrinque præſtetur.

Lit. F.

Fines mandati diligenter cuſtodiendos eſſe docet: & porro ſi indefinite datum ſit, bona fide definiendum eſſe, ita ut definitio iſta non tam ad formam ſuperficialem, quam ad effectum referatur. Quæ ſane obſcurius proponi videntur, & res ita ſe habet, ut ſi mandatum non omnino ratione pretij vel rei aut aliarum circumſtantiarum reſtrictum & limitatum, vel etiam generale ſit, velut *in cit. l. 60 § ult. h. t.* quod bonæ fidei convenit, præſtare oporteat, & in actionem mandati veniat & deducatur. Et ſententia citari Baldi ad mandatum definitum pertinet, in quo expediendo monet non ſuperficiem & corticem verborum, ſed intentionem mandãtis eſſe ſpectandam. Illud vulgatum eſt, de mandato ad aliud trahendo, ſine quo haberi illud non poteſt, quoniam conſequenti conceſſo etiam antecedens citra quod ad aliud perveniri nequit, intelligitur conceſſum.

Et mandatum.] Qui mandatum habet ad vendendum, eum etiam ad pretium recipiendum mandatum habere videri Treut. affirmat. Quæ ſententia confirmatur *ag. lib. 55. de ſolut.* ubi ſervo qui pecuniam erogare poteſt, eandem recipere permittitur. Facit & hæc ratio, quod cum utriq; hic rem tradere poſſit, juxta naturam cõtractus, non niſi ſoluto vel oblato pretio emtor, ut ſibi res tradatur, experiri poteſt, *Iulianus. 13. §. offerri. 8. de action. emt.* Ex quo reſpondetur *ad l. 2. §. igitur. 12. de exercit. action.* ubi qui propoſitus eſt ad locandum, negatur poſſe exigere: etenim ex cauſa locationis merces non prærogari, ſed finitis ſingulis annis numerari ſolet: licet etiam *in d. §. 12.* ſub taxatione tantum ad locandum proponitur eſſe conſtitutus. Neque obſtat *l. hoc iure. 86. de ſolut.* ex qua procuratori ad litem non recte ſolvitur: quia ſpecialis ratio eſt procuratoris ad negotia, qui in perſonam ſuam actionem acquirit, & quia exercitium litis diverſum plane eſt ab accep ione ſolutionis: & differentiam priorem ipſe inſinuat ICtus *in d. l 86.* dum negat procuratori ad litem actionem judicati.

THESIS VII.

Lit. A.

Propoſitio hic tradita, quod actio mandati detur ei, cujus & eum intereſt, probatur cum textibus allegat. cum generali axiomate, quod omnes actiones comparatæ ſint ad perſequendũ quod cujuſque intereſt, *argument. l. 38 §. alteri 17. de V. O.* eoque deficiente nulla actio fundari poteſt. Sed objicitur *l. 6. §. 4 h. t.* ubi dicitur, mandati eſſe actio, ſi mandavero, quod mea non interſit. Putabã dici poſſe ſatis hoc ipſo intereſſe videri, quod alter negotium alterius gerendum ſuſcepiſſet. Verum quominus hoc recte dicatur, facit *argum. ex l. 8. §. 6. h. t.* & ratio præcedens, quod ad fundandam intentionem peculiariter alicujus intereſſe oporteat: & quod generaliter receptum eſt, conventionem in alterius perſonam conceptam ita inutilem eſſe, ut nec alteri nec illi ipſi qui ita convenit, actio detur, ut notant *Dd in §. 3. & 4. Inſtitut. de inutil. ſtipulat. in l. 38. §. 1. de V. O.* de quo infra par. 2. diſp. 27. th. 2. Non dicam ita me agere poſſe mandati, ſi ille qui ſuſcepit negotium & perfecit, prius agere ceperit, quod

quod hoc caſu mea quoque intereſſe incipiat: ſed reſpondebo & 1. phraſin illam *in d. §. 4. l. 6. h. t.* hoc ſignificare, mãdare vel mandaſſe aliena rãtũ gratia, ꝙ genus mandati utile eſſe, docetur in *prin. & §. 3. Inſtit. h. t. & in l. 2. D. eod.* adeoq; opponi ei mandato, ꝙ ſit mea cauſa, in qua ſpecie principaliter & per excellentiam dicitur mãdari, quod mea intereſt. Hinc 2. reſpondetur ex ſententia Dd. quam refert & ſequitur Salicet *in l. 2. h. t.* poſſe in iſto caſu, ubi quis mandat aliena gratia duobus modis intereſſe mandantis, tum quod fortaſſis alteri tenebitur mandari, quo caſu etiam alteri, rectè ſtipulamur *§. ſed etſi. 19. verſ. ergo. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* tum quod licet ab initio non intereſſit, poſt geſtionem tamen incipere poteſt intereſſe: quoniam qui v. c. tertij negotia geri aut adminiſtrari curat, illi tertio mandati aut negotiorum geſtorum tenetur *l. ſi quis. 28. de neg. geſt.* Secundum hæc errant *Balduin ad §. 1. ff. h. t. Hottom. 5. obſ. 10.* qui *in d. l. 6. §. 4. h. t.* expũcta negatione volunt legi, *quod mea intererat.*

Lɪᴛ. B. C.

Præſtandam eſſe ait à mandatario dolum & culpam, & in exegeſi ſubijcit in hæc verba, *actiones itaque cedere debet mandatarius* Quæ nulla plane mihi videtur eſſe connexio, quoniam non ex culpa vel dolo, ſed ideo quia negotium ipſum mandantem concernit, actiones veniunt præſtandæ. Ait porro liter. C. etiam leviſſimam culpam præſtandam eſſe, ut tamen in exegeſi non obſcure probare videatur declarationem Emanuelis Soarez ut hoc obtineat, ſi res talis ſit, quæ exactiſſimam diligentiam requirat. Quo admiſſo prius illud de pręſtanda leviſſima culpa re ipſa deſtruitur, & conſequitur id regulæ loco ponendum non eſſe, ſiquidem ita non natura contractus, ſed conditio rei præſtationem leviſſimæ culpæ inducit, Exemplum præbet contractus locationis, in quo receptiſſimum eſt, latam & levem culpam tantum præſtari *leg. 5. §. 2.* commodati, & tamen propter conditionem & qualitatem rei exactiorem aliquando cuſtodiam & diligentiam requiri, notant Dd. *in §. ultim. Inſtitut. locati.* Enim verò regulam facit natura contractuum, ſed exceptio ſumitur à rei qualitate. Cæterum quæſtionem hanc controverſiam inter Dd. fuiſſe, oſtendunt notata á Saliceto *in l. 2. hoc titulo numero primo,* ubi refert diverſas opiniones, & Bartoli ſententiam, quod tantum procuratores ad judicia de leviſſima culpa, cæteri regulariter de levi tantum teneantur, ait eſſe æquiorem. Verum quod regulariter de leviſſima culpa mandatarius teneatur, præter legem 13. *Cod. hoc tit.* quæ omnem culpam vult eſſe præſtandam, magis probat *l. 21. Cod. eod.* quæ cum ad majorem etiam quam ſuis rebus præſtat diligentiam teneri oſtendit. Attamen pro diverſitate factorum diverſimode teneri mandatarius videtur: verbi cauſa ſi adminiſtrationem ſuſceperit leviſſimam culpam præſtabit: cæterum bonam fidem præſtare, & culpa fraudeve carere ſuffecerit, *arg. l. 8. ultim. & l. 29. §. 4. h. tit.* Porrò ut hoc addamus, in actionem directam mandati hoc quoque venit, ut procurator præſtet actiones, quas dum curat res meas ſibi acquiſivit *l. 8. §. ſi liber homo. & §. ult. l. 45. §. quoties, hoc tit. l. poſſeſſio. 49. §. ultim. de acquir. poſſeſſ.* Qua in re differentia eſt in procuratore ad iudicia, quod ex judicialibus ſtipulationibus etiam citra ceſſionem utilis actio competat domino *l. 5. de prætor. ſtipulat. l. 27. in fin. & 28. de procurat. l. 79. de V. O. Cuiac. in l. 40. de vulg. ſubſt. lib. 29 quaſt. Papin.* In quo errare videtur Sichard. qui *in lib. 1. Cod. de ſentent. num. 3.* ex hac cauſa ipſo jure in dominum actionem tranſire affirmat: quo admiſſo etiam actionem directam domino competere ſequeretur: cui ſententiæ repugnat tum, quod etiam in judicio quaſi contrahitur *l. 3. §. idem ſcribit. de pecul.* procurator litem conteſtando dominus effici dicitur. Quod lit. D. aſpergitur, condemnatum ex dolo infamem fieri explicatum eſt ſup. diſp. 8.

Lɪᴛ. E. & F.

Tractatur hic de actione contraria, in quam venit, quod procuratori ex cauſa ſuſcepti officij abeſt, etiam, ut ait Treutl. caſu fortuito, quem mandantis culpa præceſſit. Hoc quidem etiam tractationi de actione directa adijcere debebat, quoniam communi jure à quocunque quod caſu fortuito, quem culpa præceſſit, damnum datum eſt, præſtari oportet. Quæſtio autem propoſita lit. F. communis eſt omnibus fere contractibus, v. c. depoſito, commodato, locato, pignori &c. ſi ſervus ex iſtis cauſis a domino in alium translatus damnum dederit, an & quatenus dominus teneatur, an noxaliter tantum an in ſolidum

dum & quanti intereſt: q; tractatur ſatis prolixe *in l ſi ſervus cõmunis.61. alias 63 de furt.* Et obtinet hic regula contraria ei, quæ traditur *in l.5.§.* 2. commodati, per quam accipiens, ſi ejus cauſa tantum cõtrahatur, præſtat leviſſimam culpam: & ex adverſo commodator ob damnum ex re commodata illatum commodatario ſolum dolum & latam culpam, per notata ſupr. diſput.24. theſ.4.lit.C. Contra ubi contrahitur ſolius dantis cauſa, ut in depoſito, accipiens tantum præſtat dolum & latam culpam: & ex adverſo deponens ob damnum depoſitario datum de leviſſima culpa, id eſt, etiamſi ignoraverit vitium rei tenetur. Et quoad priorem regulam *in d.l.5.§.* 2. commodati exceptio eſt in mandato, in quo venit leviſſima vel utique levis culpa, non etiam quoad poſteriorem. Quod evidenter oſtendit *d.l.61.§.quod vero.5. de furt.* ubi quoad hoc poſterius idem ſtatuitur in mandato & depoſito, inter quæ tamen quoad prius, latiſſima eſt differentia Quod autem mandans vel deponens propter damnum mandatario vel depoſitario illatum, etiamſi ignoraverint rei vitium, ultra noxæ deditionem, quanti intereſt præſtare teneantur, ſolida ratio redditur *in d.§* 3. quod officiũ ſuum nemini debeat eſſe damnoſum, & æquius ſit ad dominum ſpectare damnum, quam ad eũ, qui citra ullum ſuum commodum alteri officiũ & beneficium præſtitit. Apparet autem ex diſpu. Iulian. *in d.* §. 1. de hac re non omnino inter omnes conſtitiſſe, & aliud judicium fuiſſe videtur *Pauli & Neratij in l. inter cauſas 26. §. ſed cum 7. hoc tit.* ubi eo demum caſu, ubi dominus vitium ſcivit, nec prædixit ad ſolidum intereſſe, cæteroquin tantum noxaliter eum teneri traditur: niſi cum *gl. in d.§.7. & l.61.* §. 5. *de furt.* quod probat Salic. *in d.* §. 7. diſtinguas, an quis juſſus fuerit ſimpliciter emere hominẽ, an vero hominem certum: quod illo caſu procedat, *d.l.26 §.7. hoc tit.* hoc autem *l.61.§.5. de furt.* in qua etiam nominatim hominis certi fit mentio. Atque hæc eſt ſententia & vera & communis, à qua ſi diſcedit Treutl. & vero eum diſcedere inde apparet, quod Dd. pro diſſ. adducit, procul dubio errat: quamvis Coſtalius citatus magis pro Dd. faciat, & Duar. cap. 3. hic, hoc tantum, quod damnum ex cauſa mandati acceptum mandans ſarcire teneatur, doceat & Bart. trib. tantum verbis mandatorum ex leviſſima culpa teneri ſcribat: quæ omnia veriſſima ſunt, & poſterius iſtud Bartol. ex ipſo textu ſæpe *d. l.* *61 de furt.* perſpicue probat. Quod ſi contrariæ opiniones ICtorum ſtatuendæ eſſent, ſententiã Iuliani *in d.l.* 61. non dubitaverim dicere eſſe veriorem: *hic adde notata infra diſp.29.theſ.7.l.t* C. Illud ſupereſt, ut de lectione *d.l.26 § 7. hoc tit.* videamus: ubi Treutl. ſequitur Anton. Fabr. qui 3. coniect.5. vult legi, *culpa mea.* Verum & vulgata lectio commodum habet ſenſum, quod ſcilicet noxalis actio detur mandatario, cui ſervus mandatus furtum fecit, ſi modo abſit mandatarij culpa, gravior ſcil. aliqua per quam occaſionem furandi ſervo præbuerit, quomodo etiã hoc recte explicat *Cuiac. in l.21.§.1. commodati, in fin. tract.8. ad Afric.* Neque emendationem illam Fabri, ut Tr. putat, confirmat verſ. ſeqq. *quod ſi ego feciſſem, &c.* quia opponitur principio § in quo in caſu ignorantiæ mandans noxali tantum actione vel noxaliter actione mandati, convenitur.

Lit. H.

Quæritur, ſi quis fines mandati exceſſerit, expreſſe deſignatos, an habeat actionem: & uſque ad terminos præfixos actionem conceſſit Proculus *in l.4. h. t.* quem textum Treutl. ad actionem mandati reſtringit, cæterum nomine ejus quod exceſſit negotiorum geſtorum actionem concedit. Equidem Martinus olim utilem tantũ hoc caſu actionem conceſſit, cujus ſententiam benigniorem eſſe affirmat Ioh. Fabr. *in §. is qui* 8. *Inſtit. mandati.* Verum ne ita explicata ſententia Treut. probatur *ex cit. l.2 & 45. de negot. geſt.* quoniam qui mandatum excedit, in eo quod excedit negotium mandantis geſſiſſe dici non poteſt, quoniam hoc quod excedit, aliud eſſe intelligitur *lib.3. in princip. & §.3. h.t.* & proinde hoc nomine actio ei dari non poſſit: quod & ſatis perſpicue probatur *l.3 § ultim. & l.4. h t. d.* 8.8 *Inſtit. eod.* quibus locis traditur ex ſententia Sabinianorum mandatario, qui exceſſerat nullo modo actionem competiiſſe: neque probabile aut veriſimile eſt, ICtos in verbis luſiſſe, ſiquidẽ inter actionem mandati & neg. geſt. diſtinctio, pendet a qualitate conventionis, effectus autẽ & re ipſa nihil intereſt utra quis actione utatur vel conveniatur, Et poteſt textus *in l. 3. §. ultim. h.tit.* ita induci, quod ibi refutatur ſententia eorum, qui negabant actionem mandatario, etiamſi paratus eſſet remittere quod excedit, quæ opinio cum improbetur in l. ſeq. & actio uſque ad pretium determinatum concedatur, ſequi-

Digitized by Google

ſequitur etiam ita, ſi quod excedit, remittatur, permitti & concedi, & ultra nullam eſſe actionem. *Et Accurſ. in d.* §. 8. *Inſtit. h.* pro hac opinione inducit *l. ſi pro te* 40. *h. t.* ubi qui pro vetante intercedit: nec utilem negotior. geſt. habet actionem, qui autem certum terminum ſtatuit, extra illum vetare videtur: Neque adeo obſtat, quod de æquitate affertur: quia reſpondetur 1. donare videri eum, qui exceſſit fines, ſicut in ſpecie *d. l.* 40. *h. t.* & cum mandati fines obſervare potuiſſet, habet quod ſibi imputare debeat, Utique non videtur eſſe æquitatis æquitas, & cum adeo *in d. l.* 4. *h. t.* & *in* § 8 *Inſtit. eod.* ea ſententia quæ uſque ad terminos mandati actionem concedit, ſub colore æquitatis & benignitatis recepta ſit, eam benignitatem porro extendere rationi minus convenire videatur. Deinde reſponderi poteſt ſententiam *d. l.* 4. *h. t.* pertinere ad caſum actionis non exceptionis iſte eſt, mandatarium non poſſe agere contraria actione, ut re accepta totum quod expendit, ſibi præſtetur, ſed ſi mandans directa actione experiatur, mandatarium exceptione ſe defendere poſſe, ne rem non præſtito ſolido pretio reſtituere cogatur: quomodo etiam malæ fidei poſſeſſor impenſas neceſſarias & utiles conſervare poteſt per not. ſup. diſp 14. theſ. ult.

THESIS VIII.

LIT. B.

Docet ſocietatem contrahi conſenſu vel expreſſo vel tacito, qui ſcilicet juxta *l.* 4. *h. t.* ipſa rerum collatione declaretur. Ex quo ipſo apparet inſignis inter iſta differentia, quod poſterior iſta ſpecies, in nudo conſenſu non ſubſiſtit, ſiquidem ipſa demum rerum collatione perficitur & conſtituitur: adeoq; haud ſcio an hæc diviſio recte accommodetur definitioni, qua ſocietas dicitur conſtare conſenſu, maxime propter verba adjuncta, de re utrinque communiter habenda: quæ verba cōſenſum in futurum deſignant, cum ipſa rerum collatio non niſi de præſenti operetur. Subjicit porrò Treutl. per modum illationis, fratres ſimul bonis parentum indiviſis habitantes non intelligi ſocios. Verum hæc ad duplicem illam ſocietatis ſpeciem propoſitam, ex conſenſu expreſſo & tacito, vitioſa plane illatio eſt: quod ſi enim citra verba ſola rerum illatione ſocietas contrahitur, conſequens tanto magis judicatur, fratres non diverſis bonis ſimul habitantes, ſocios præſumi debere, quam etiā veterū quorundam opinionem referunt. *Bartolus* & *Baldus in l.* 4. *Cod. commun. utriuſque iudic.* Eam Bartolus ita admittit, ſi ſimul ſtatres negotientur; quam limitationem Bartoli, cum ipſe ſtatim improbet Treutler. *verſ.* & *ſi nullus*, tanto magis defendi poteſt, ſocietatem inter fratres iſtos præſumi debere. Et recte Bald. contra Barto. cit, loc. tradit, ſocietatem induci ex actibus qua faciant communionem etiam citra negotiationē, quæ utique ad eſſentiam ſocietatis non pertinet. Et ſtatuemus igitur in iſto caſu eſſe ſocietatem, ſed quæ ultra bona pro indiviſo poſſeſſa & fructus inde perceptos non extendatur: & ita ſtatuemus, utcunque intercedat ſubductio rationum. Qua in re non dubito errare Treutler. eo demū caſu ſocietatem habendam eſſe, ſi communicatio fiat citra rationum ſubductionem: ſiquidem hæc naturæ ſocietatis minime adverſatur, imò ut partes damni & lucri recte computari poſſit, rationibus ſubductis opus eſt, neque minus ut de fructibus perceptis & impenſis factis, quarū rerum nomine actio pro ſocio invicem competit, conſtare poſſit. Plane in ſocietate generaliſſima, in qua omnia omnino communicantur, locus poſſit videri ſententiæ Treutl. quamvis utique ſocietatem conſtitutam rationum ſubductio everrere vel diſſolvere nō poſſit, maxime cum etiam in hac ſpecie quod alter culpa vel dolo commiſit, de ſuo præſtare teneatur.

LIT. C.

Ait communicari & corpora & operas, ſubjectis his verbis, & *has impenſis communibus etiā domi factis conferri oportet.* Quibus quid ſibi velit, non ſatis aſſequor, neque ad eorum intellectum allegata deducunt. Nam *in l.* 60. §. 1. *cum l. ſeq.* hæc quæſtio tractatur, an quod non recta in ſocietatem ſed tamen propter ſocietatem & ejus occaſione impenſum eſt, in actionem pro ſocio veniat: quia in re non conveniſſe inter Iulianum & Labeonem pater ex dd, textib. juncta *l.* 52. §. *quidam eodem. Apud Cyn.* & *Bald in l.* 1. *C. h. t.* & *Schneidvv. in* §. *de illa Inſt. eod.* illud tractatur, quomodo ubi ex una parte pecunia ex altera opera collata eſt, lucri & damni ratio ineatur: qua in re nullam Cyni & Baldi diſſenſionem deprehendo: & pertinet hoc ad theſ. ſeq. lit. A.

LIT. D.

Si partes adjectæ non ſint, æquales in lucro & damno proportione Geometrica eſſe debere affirmat. Cæterum cit. Menoch. rem iſtam

Rrr non

non ſatis accurate expendit, & apud eum ſecundus caſus, ſi minus quam conventum eſt, alter contulerit, expeditam habet deciſionem, ut proportionaliter etiam minus ſentiat lucri. Primus autem caſus ſubdiſtinguitur, quod aut collatio eſt æqualis, & citra pactum, portiones quoque lucri æquales eſſe oportet: aut inæquales, & hic quaſi tacite actum intelligitur, ut ad proportionem ſummæ collatæ, etiam ratio partis lucri ineatur, *argument. leg. 6. in fin. & l. 83 in fin. hoc titul.* Idque eſt quod poſt Menoch. Treut. ait proportione Geometrica partes conſtituendas; licet dubitare quis poſſit, tum recte iſtud proportione Geometrica fieri dicatur: quoniam hæc dici ſolet, ubi in diſtributione qualitatis perſonæ, dignitatis, meriti, roboris, &c. ratio habetur: quæ in ſocietate non attendi conſtat. Et ſicut qui piſtori duos nummos dedit, eo qui dedit unum, plus accipit, non Geometrica, ſed Arithmetica proportione, ita etiam in hoc caſu Arithmeticæ proportioni, quam ad contractus pertinere liquidum eſt, convenit, ut qui altero tanto plus contulit, duas partes lucri accipiat. Huic ſuccedit hac lit. alia quæſtio de partibus inæqualibus, etiam ubi æqualis collatio eſt, ex pacto conſtitutis. De qua ita ſtatuit Treutl. non valere tale pactum: quippe cum demum inæquales admittat partes, ubi alter plus contulit. Cui ſententiæ omnino refragatur § 1. *Inſt. h. t.* ubi Iuſtin. tradit, ſi nihil actum ſit, æquales eſſe partes, inæquales autem ex pacto conſtitui poſſe. Quod de æquali collatione accipiendum eſſe exinde patet, quod juxta prædicta in caſu inæqualis collationis, etiamſi nihil actum ſit, tamen ex pacto tacito inæquales partes eſſe, adeoq. Iuſtin. inepte ibi diceret, expreſſas partes ſervandas eſſe. Et hanc communem eſſe Dd. ſententiam tradit *citat. Menoch. caſ. 125. in fin. non nego tamen, inquit, quin valeat pactum. quod partes æquales ſint, etiamſi unus plus altero contulerit, ita enim ſentiunt noſtri interpretes, &c* Huic enim omnino conſequens eſt, ut in collatione partes inæquales pacto conſtitui poſſint. Et verò rationis eſt, ut pactum expreſſum ultra ordinariam naturam contractus operetur, modo non inducatur nimia inæqualitas, quæ ſocietatem faciat leoninam, ut loquitur *ICtus in l. 29. § b. t.* Secundum hæc *d. l. 29. in princ.* quæ pro Tr. facit, cõmode accipienda & explicanda eſt: vel quod ibi ICtus ad regularem ſocietatis naturam reſpexerit, vel quod nimiã inæqualitatem intellexerit & improbaverit.

LIT. F. & G.

Proponitur diviſio ſocietatis in generalem & ſpecialem, ex quibus illa omnino ſubdiſtinguẽda eſt, quod alia eſt ſimpliciter omnium bonorum, in qua tantum communicantur, quæ ex quæſtu veniunt *l. 7. cum ll. ſeqq. hoc titul.* alia vero ſpecialiter omnium bonorum, in qua etiam ex titulo lucrativo obvenientia & omnia omnino communicantur. Poteſt & dari mixtum quoddã genus ſocietatis, quæ diverſo reſpectu generalis & ſpecialis dici queat. v. c. ſi fratres communem retineant hæreditatem paternam: qui licet ſocij omnium bonorum non ſint *l. 39. §. 3. fam. erciſc.* attamen reſpectu ſocietatis ſingularis & particularis, univerſitatis cuiuſdam ſocij dici poſſunt. Ex quibus fortaſſis ſumi poteſt deciſio quæſtionis lit. F. an ſocietas generalis vel univerſalis tacite conſtitui poſſit. Scilicet non poteſt illa, in qua omnia omnino communicantur: poteſt autem poſterior illa mixta, videlicet eo ipſo dum manent in communione, quod ipſe Treut. admittit lit. B. fratres duos videri ſocios ſi citra ſubductionem rationum, quæ utique non inducet expreſſam conventionem, lucra communicentur: idque probat *d. l. 39. §. 3. fam erciſc.* in qua communio hæreditatis opponitur ſocietati omnium bonorum, non quaſi in illa nulla ſit ſocietas, ſed quod illa ſuo modo particularis, hæc ſimpliciter univerſalis eſt. Hoc tamen exemplum minus aptum eſſe videtur conſtitutæ ſocietatis, quod communio vel ex teſtamento vel ex lege ipſorũ corporum inter plures hæredes jam conſtituta ſit. Ab initio autem tacite quamcunque univerſalem ſocietatem conſtitui poſſe, difficulter exiſtimo: quod collatio rerum, quæ inducit tacitam conſtitutionem, vix in univerſum fieri poteſt: quamvis aliter videatur ſentire Treutl. ex ratione ſubjecta his verbis, *nam ſimpliciter coita tantum ad quæſtum communicandum tendit:* quorum verborum aut nullus idoneus, aut hic ſenſus eſt, quod præmiſſa aſſertio, de ſocietate non conſtituenda tacite, ad eam ſpeciem, quæ *in l. 3. h. t.* ſpecialiter univerſorum bonorum dicitur, tantum pertineat. Fruſtra autem hic objicitur conjunctio *l. 4 & 5. h. t.* quod cum in illa dictum eſſet, ſocietatem etiam re coiri, ſubjicitur *in l. 5. aliam eſſe univerſorum bonorum:* quoniam vitioſe hic infertur etiam hanc ſocietatem re contrahi: & ea compoſitorum mens fuit, *ut in lege quarta*, modos contrahendi, *in l. 5.* ſpecies

cies ſocietatis proponerent: neque aliam ab *ijs* connexionis rationem quæſitam argumento eſt, quod *in* §. 1. *d. l* 4 modi ſolve. dæ ſocietatis proponuntur. Quinimo videatur vix ulla ſocietas ſimplici collatione contrahi Quis enim credat, niſi mutos ita res conferre, ut nihil loquantur? Equidem video *Accurſ. l. 4. h. t.* ita explicare, ut coniunctim intelligat res & verba, per quæ putat ſignificari ſtipulationem, quæ opponantur nudo conſenſui. Poſſis etiam illud verbum RE referri ad ſocietatem incidentem, ubi duo cohæredes vel collegatarij ſunt, de qua bene *Mezz. hic de div. ſive num.* 8. Recte etiam dicam ICtum *in d l. 4. h. t.* verba intelligere, quibus expreſſim declaratur, ſe ſocios eſſe velle, & quæ præcedant collationem: quæ recte opponuntur alijs verbis, & iſti modo contrahendi, quo verba ſimul & res ipſa concurrunt.

Quod lit G proponit de ære alieno, expeditam habet deciſionem, adhibita diſtinctione inter cauſam æris alieni, an ſocietatem concernat necne *per l. 12. & l cum duobus 52 §. ultim h. t.* unde explicanda eſt *l. 82. eod.* neque adeo ſimpliciter id a Tr. erat negandum.

LIT. H.

Quæritur hac litera, an ſumtus ſtudiorum à patre filio vel dos filiæ data, imputentur ſocietati omnium bonorum, ubi ante omnia diſtinguendum, an ſit ſocietas ſpecialiter omnium bonorum, an ſimplex, juxta *d. l. 3. & 7. h. t.* In hac negandam, in illa affirmandam quæſtionem exiſtimo. Etenim cum omnia omnino etiã ex donatione & legato quæſita cõmunicentur, merito etiã ex cõmuni ſumtus, q honeſtas, pietas & partim neceſſitas exigunt, erunt ſubminiſtrandi: quæ ſcilicet concurrunt & occurrunt in ſumtibus ſtudiorum & dote, & in hac etiam neceſſitas & officij paterni ratio *l. ultim. Codic. de dot. promiſſ. l. 19. de ret. nuptiarum.* Nec minus juſtam cauſam imputandi debet præbere favor ſtudiorum & ipſa honeſtatis ratio. Et pro hac ſententia Rolandus á Valle adducit *l. 39. §. 3. fam. erciſc.* ubi debitum Reipubl. quod filius contraxit ſocietati omnium bonorum imputatur: ex qua etiam pro ſumtibus ſtudiorum argum. deſumi poteſt. Itemque *l. 52 §. ſocium. 16. hoc t.* ex qua ſocius omnium bonorum etiam ea confert, quæ actione injuriarum vel L. Aquil. conſequutus eſt: quamvis dici poſſit, aliam eſſe collationis, aliam erogationis rationem, q ex ejus univerſalitate nulla niſi ex incerto eventu videtur oriri inæqualitas, ſed bene ex hujus *argument. l. 81. in princip. hoc tit.* unde quod quis ob injuriam ſibi factam præſtat, non imputat *l. 52. §. ultim. h. t.* neque dubium eſt, quin ab uno ſociorum donata ſint extra ſocietatis rationes. Adducit eam Rolandus *d. l. 52. §. ultim.* ubi etiam quod quis per injuriam damnatus ſoluit, ſocietati imputatur: & denique *l. quod ſi. 66. hoc titul.* quæ dotem ſoluto matrimonio lucro mariti cedentem, inter ſocios vult dividi, niſi forte & hic diſtinctione collationis & erogationis occurri poſſit. Cæterum huic ſententiæ, quam Treutler. defendit poſt Roland. & alios varia obijci poſſunt: & 1. quod ex ea magna poteſt conſequi inæqualitas. Reſpond. in ejuſmodi ſocietate, inæqualitatem impenſarum non admodum eſſe ſpectandam, cum etiam non curetur inæqualitas collationis, ſi fortaſſis uni opulenta hæreditas deferatur. Sed & æqualitas illa pendet ab incerto eventu, quod alter plures, alter pauciores, alter ſtudijs aptos, alter ineptos liberos habeat: argument. ejus, quod dicitur *in l. 81. hoc titul* ſi pactum commune fuerit, nihil intereſſe, quod alter tantum filiam habuit. Sed & plurimum in hac materia committitur arbitrio boni viri, quo decidetur qualitas impenſarum. Neque negauerim, conſiderandam hîc etiam qualitatem patris, & ex ea an & quales ſtudiorum ſumtus ſubminiſtrandi ſint æſtimandum. 2. objicitur, quod iſtæ ſint ſpeciales plane impenſæ, de quibus in contrahenda ſocietate actum non videatur, & illas tantum erogationes & damna ſocietati imputanda eſſe, quæ ſocietatem reſpiciunt, & ejus occaſione emergunt. Reſpond. hoc argumentum tantum procedere in ea ſocietate generali, quæ communicationem ſolam eorum, quæ ex quæſtu veniunt, habet, non in ea, quæ ſpecialiter univerſalis dicitur: in quam cum conferantur, etiam ea quæ cum bonis collatis nullam habent connexionem, omnia etiam erogati abſurdum haberi non debet; & verò quod quædam cauſam ſocietatis non reſpicientia imputentur, perſpicuè probatur *ex leg. 39 §. 3. famil. erciſc. & ex l. 52. & ultim. hoc tit.* 3. objicitur. *l. 73. § 1. hoc tit* ex qua ut ſumtus ſtudiorum imputari poſſint pacto ſpeciali opus eſſe colligitur. Sed recte reſpõdetur

Digitized by Google

fert ad jus priſcum, quo niſi paucis caſibus alieno nomine agere licebat *tot. titul. inſtitution. de his per quos agere.* Etenim improbabile eſt, quod Ulpianus de jure jam pridem obſoleto reſponderit, & magis quod illud hoc ſenſu Tribonianus in Pandectas retulerit. Verius eſt, legis actiones in ſpecie *d. l.* 123. intelligendas eſſe de actibus juriſdictionis voluntatiæ, quæ per procuratorem expediri non poterant: quomodo uſurpantur in *leg. prima. C. de adoption. l.* 4. *D. eod. l. tertia. d. offic. proconſ. leg.* 1. *de offic. Iuridici*, de quo actum ſupra diſp. 2. theſ. 4. Quibus conſequens eſt, male ab Hottomann. & Tr. *d. l.* 123. referri ad querelam inofficioſi: & eſt reveta jejuna iſta & inanis conjectura, quæ ſumitur ab inſcriptione & collatione paucarum aliquot legum: & alias etiam §. 1. *d. l.* 123. ad materiam querelæ referendus eſſet: & quod index Labitti oſtendit *lib.* 4. ad Edictum Ulpianus (eſt enim apud Tr. error Typograph.) de aliis etiam materiis tractavit.

LIT. B.

Quæ hic de ea aditione hæreditatis proponuntur, an per procuratorem fieri poſſit, remittimus ad partem 2. diſp. 12. Quod autem obiter Treutl. *in l. actus*, 77. *d. R. I.* probat lectionem Florentinam affirmativuam, ex eo dubium fit, quod inconcinne & incommode dicitur: actus legitimos, qui recipiunt diem per diei adjectionem vitiari: cum in uſu juris ſimul & proprietate verbi, idem ſit recipere diem, quod admittere diem, & pati, ut adjiciatur dies. Et lectionem vulgatā negativā exempla ſubjecta ſuadent, quę diei aut conditionis adjectionem non admittunt. Quo poſito falſum erit, quod tradi ſolet, nullos actus legitimos recipere diem & conditionem: ſed quoſdam eſſe, qui diem & conditionem admittant: quo admiſſo tanto verius erit, quod de latiori ſignificatu actuum legitimorum paulo ante dictum fuit. Cætera ſub lit. C. D. E. propriis locis tractantur, & jam iſta minus diſtincte à Tr. tractari admonuimus.

LIT. F. & G.

Lit. F. attingitur aliquid de lectione *l.* 13. *d. acceptila* in qua ſane expeditius & commodius legeretur, ſine novatione: vel quia nihil alias ſine mandato fieri poteſt, vel quia, ut procurator accepto ferre poſſit, non ſufficit mandatum, cum acceptilatio ſit actus legitimus, ſed per novationem prius obligationem, transfuſam eſſe oportet. Neque citra explicationem tolerari poteſt vulgata lectio, ut ſcilicet per conſequentiam etiam hoc, ut prius novatio fiat, mandatum intelligatur. Quod ad optionem ſervi attinet, ſpeciale videtur in ea, quæ teſtamento data eſt per *l.* 77. *d. reg. iur.* cui ſententiæ omnino nulliter objicitur *l. pen. d. opt. legat.* quippe in qua expreſſe matri jus eligendi & optandi conceſſum proponitur.

THESIS V.

Serius hic proponit diviſionem mandati, quæ tractioni de perſonis & rebus præmittenda erat. Et initio quoque theſis otioſa videtur vox, *itaque*, quoniam diverſo propoſita ex præcedentibus non infertur.

LIT. B. & C.

Diviſo in mandatum generale & ſpeciale certo jure probatur: ſed de illius ſub diviſione videndum eſt, quod aliud ſit cum libera aliud ſine libera: quam communiterà Dd. probatam ſubdiviſionem admittit etiam *Ant. Fab. in l.* 58. *d. procurat.* & videtur ea confirmari ex collatione *l.* 63 *d. procurat. cum l.* 9. §. 4. *d. acquir. rer. dom:* quæ non niſi remedio hujus diſtinctionis conciliari poſſe videntur. Et cum quæ ſpeciali mandato opus habent, generali mandato contineantur, *l.* 17. §. 16. *de iniuriis l.* 7. §. 1. *quib. mod pign ſolvit. l.* 24. *d. minorib. l.* 47. *d. procurator. l.* 25. §. *d. acquir. hared.* ea tamen fere mandato generali cum libera contineri communiter tradunt Dd. Facit quod *in l.* 53. *de procurat.* procurator cum libera poſſe exigere dicitur, cum procur. generalis ſine mandato iudicio cōparare nō poſſit: & tandem eodem modo adminiſtratio peculii in ſimplicē & liberam diſtingui videtur *ex l.* 10. *C. quod cum eo qui in aliena, &c.* Non deeſt tamen omnino, quod his reſpondeatur: & in primis verum non videtur, generali mandato cum libera omnia contineri, quæ ex mandato ſpeciali expediri poſſunt: quia cum qualicunque poſito mandato, procurator tamen ſit & maneat, abſurdum ſit tantundem iuris, quod dominus habet, ipſi tribuere: neque dubium eſt, donandi quidlibet remittendi ius inſpecie recte mandari, quod tamen qualicunque generali mandato non continetur, *arg. l.* 1. §. 1. *quæ res pign. oblig. & l.* 17. §. *quib. mod pign. ſolvit.* Porro adiecta diſtinctio adminiſtrationis peculii, dubia videtur: quia eadem de adminiſtratione peculii ſimpliciter dicta

& ea quæ libera appellatur, prædicari videntur *per l.3.§.ult.de pign.act.& l.41.§.1.de reivind.l.15.§.ſed etſi d.diverſ.præſcr.l.13.in fi.pr.d.cond.ind.iuncta l.48.in pr.& §.1 de pecul.in fi.de nov.l.28.& 2.d.pa.* ubi libera adminiſtratio, & ſimpliciter conceſſa pro eodem haberi videntur: quo *facit l.3,in fi. ad SCtum Macedonian, & l 8.§.5.quib.mod.pign.ſolvit l.filius fami.l.in princ de don.* licet in contrarium moveat *l.7.§.1.in fi.de pecul.* ubi dicitur, liberam peculii adminiſtrationẽ ſpecialiter eſſe concedendam niſi quis dixerit ſimplici conceſſione peculii nulla facta adminiſtrationis mentione, ius quoque adminiſtrandi conceſſum non eſſe: quod tamen contra videtur, cum fruſtra concedatur peculium, ſi omnis adminiſtratio ſit ademta. Aliter reſponderi poſſit, quod *in d.l.7.§.1.de pecul.* conceſſio peculii opponitur, non ademptioni, id eſt, ubi dominus non adimit peculium: quia poteſt ſervus etiam citra conceſſionem aliquam ſpecialem peculii, vel ex parſimonia ſua, vel ex largitate aliorum peulium habere, quod recte peculio in ſpecie à domino dato & conceſſo opponitur. Porro *l.58.* etiam de exactione extra iudiciali accipi poteſt: ſed & ponendi ſunt termini habiles in actione iudiciali, ad quam procurator generalis cum cautione rati admittitur *argum l 5.§ 18.l.nov.oper. nuntiat.* ſicut & reſponſum eſt de ſimplici procuratore omniũ bonorum *in l 12.d.pact.* quod rem in judicium deducere poſſit. Quod denique attinet *ad l.9.§.4. de acquir.rerum dom.& §.nihil.autem Inſt eod.* reſponderi poteſt. 1. reſtringenda illa loca eſſe ad alienationem rerum tempore periturarum, & quæ ſervando ſervari non poſſunt. 2. Sumi poteſt reſponſio à verbis, *ex negotiis*, ut intelligatur permiſſa non quævis alienatio: ſed quam conditio negotiorũ & adminiſtrationis ratio requirit 3. plus interdũ videri poteſt ineſſe mandato generali ex veroſimili mente mandantis, velut ſi mandauerit peregre profecturus, qui caſus eſt *d. l.9.§.4. de acquir.rer. domin.* 4. dicendum eſt, quædam mandato generali ſemper & recta contineri, quædam aliquando in ſubſidiũ, & in caſu neceſſitatis. cuiuſmodi ſunt tranſigere iuramẽtũ deferre paciſci: unde cõciliari poſſunt textus in ſpeciẽ pugnantes *l.9:?.d.proc.& l.12.d.pact.iuncta l.17.§.2.& 3.de iureiur.* neque n. aliàs ius tranſigendi, iuramentum deferendi, aut paciſcẽdi procuratori concedi poteſt, q̃ ut id nec omnino gratuito nec ſuper re liquida, ſed omnib. aliis ꝓbationib. deficientib. quo caſu tantũ tutori, qui potior procuratore eſt, hoc conceditur *l. 45.d.iureiur.exerceat.* Quæ ſane conciliatio & explicatio poti⁹ admittenda videtur, q̃ ut cum Cuiac. inter tranſact. decidẽdi & diminuendi cauſa initã diſtinguamus, aut cum Dd. text. *in d.l.12.d.pact.& in l.17.§ 3.d.iureiur.* contra proprietatem verborum, quia ſimpliciter de procuratore omnium bonorum loquuntur ad procuratorẽ cum libera reſtringamus: de quo etiam ſupra *diſput.7.theſ.2. lit.C.* & adde *Duar.ad l.1.§.20.de acquir.poſſeſſ.Dõ 4.Comment.20.Vand.lib.1.quaſt.47. Pacium cent. 2. cont.57.* illud plane admittendum eſt, formam mandati ita cõcipi poſſe, ut laxior & plenior poteſtas conceſſa intelligatur, ut in ſpecie *l.creditor 60.§ ult.h.t* Porro *Salicet.in l.26 h t.n.* 2. quem Treut. D. improbat in quæſtione, an & quatenus mandatum morte finiatur, ſpeciem mandati facit de ſubjecto ut loquitur, *univerſali*, videlicet ſiquis aliquem faciat inſtitorem. quod licet proprie huc non pertineat, illud tamen verũ eſt, quo ad quæſtionem jam dictã, & alios effectus, ſpecialem eſſe, hujus conſtitutionis & mandati naturã, de quo actum ſupra diſput.24, th.7. Tacitũ autem mandatũ, de quo lit. E, ex citat. textib⁹ illud eſſe apparet, ubi quis pro aliquo præſente & patiente aliquid facit, quoniam ita patiens pro mandante habetur *arg.l.60.d.reg.iur.*

Lit. F.

Ait obligari eum ex mandato, qui epiſtolam accepit, neque ei contradixit. Contrarium verius exiſtimo, quoniam hic conſenſu mutuo opus eſt, neque hac in re, ubi de obligando alio, & contra eum actione mandati quærenda tractatur, tacens habetur pro conſentiente, quod tantum non diſerte probat *l.8.§.invitus d.proc.* ubi pro invito haberi in hac materia dicitur, qui conſenſiſſe non probatur. Facit quod mandatum operam & factum alterius deſiderat: & utcumque præſens & tacens pro conſentiente haberi poſſint, aliud tamen eſt in abſente, ad quem miſſa eſt epiſtola, qui vix vnquam ſi taceat, pro conſentiẽte haberi poteſt: cum & multa incidere poſſint & impedire, ne epiſtolæ reſpondeatur, nec quiſquam reſpondere teneatur, & potius nõ reſpondens pro recuſante habendus videatur. Si tamen antea tractatio quædam præceſſerit, aut aliæ circumſtantiæ incurrãt, poterit in hypotheſi ſententiæ Treut. eſſe locus *adde not.ſub.diſt.6, d pactis,th.1.lit.B.*

LIT. G.

Proponit in exegeſi etiam illam ſpeciem, quando tantum ipſius mandatarii cauſa ſit mandatum. Non ſatis recte: quia cum ipſo fatente hoc conſilium potius ſit, inter ſpecies mandati non recte infertur: ſicut & à ſpecieb. removetur *in pr. Inſt. h. t. & in l. 2. in pr. D. eod.* Nec ſatis convenit, quod ipſe ſubiicit, tum eſſe obligatorium, ubi alter alias id facturus non fuiſſet: quoniam conſilium qua tale nunquam obligatorium eſt. Cæteroquin illa Tr. limitatio probatur *ex l. 6. §. 5. h. t.* cui obiicitur §. tua tantum 6. *Inſt. eod.* ubi ait. Juſt. quemlibet explorare debere & poſſe, an ſibi expediat conſilium: cui conſequens eſt damnum quod ſenſit, ipſum ſibi imputare debere. Intereſſe videri poteſt, an alter forte jam præparatoria fecerit nec ne: vel potius diſtinguendum inter conſilium ſimplex, & quod habet vim aliquam impulſivam, & per ſuaſivam, quod terminos conſilii excedere, & quodammodo ſpeciem mandati habere videtur. Quod autem addit obiter hac lit. in delictis conſilium ſemper obligare, minime ſimpliciter verum eſt, de quo agitur infra *part. 2. diſp. 30. th 3. lit D.*

THESIS VI.

LIT. A.

Otioſe & odioſe repetit hanc controverſiam tractatam ſup diſp 20. th. 3 an pecunia ex cauſa mandati debita pacto in mutuum converti poſſit: circa quod pugnantes ſunt textus *in l. 15. de reb. cred. & in l. 34. D.* mandati, de quibus actum eſt diſp. 20. Minus commode etiam tractatio iſta cum modis, quibus mandatum ſolvitur, una eandemque th. coniungitur.

LIT B.

Ait in th. voluntate contraria ſolvi mandatum, ſi res adhuc ſit integra. Quod aut ambigue, aut falſo dici videtur: quoniam mandans, quod ſit citra fraudem & detrimentum mandatarii, ſemper mandatum revocare poteſt, cum præſertim etiam ubi res amplius integra nõ eſt, aliquando nihil mandatarii intereſſe poſſit. Cæterum videtur Treutl. exiſtimare etiam mandatarium re integra libere poſſe renuntiare mandato, tum quia ſubiicit verbum *alterutrius*, tum quia rationem reddit, quod re integra nondum ceperit noſtra. ſcilicet mandantium intereſſe. Et iſta tamen ſententia minime admittenda eſt, & omnino alia hic ratio mandantis, cuius ſolius utilitatem reſpicit hic contractus, alia mandatarii, qui officium ſuſceptum, niſi iuſtiſſimas habeat cauſas, quæ proponuntur *in l. 8. § ulti. cum ll. ſeqq. de procurat.* implere cogitur, & ſemper intelligitur intereſſe & revera intereſt mandantis, ut fiat id, de quo conventum eſt. Et ut hoc coniungamus, ſecundum hæc accipiendum eſt, quod ait hac th. lit. E. mandatum ſuſceptum omnino eſſe implendum. Equidem mandatarius præciſè ad implendum non tenetur, quia mandatum continent obligationem facti, in cuius locum id quod intereſt, ſuccedit *l. 13 §. ult. de re iudi.* Secundum quod explicandus eſt §. *mandatum* 11. *h. t. & l. 22. §. ult. D eod.* ubi dicitur quod intempeſtive renuncians, vel ex iniuſta cauſa, teneatur actione mandati, videlicet non ad faciendum præciſe: Sed ad intereſſe præſtandum. Et iſtam differentiam inter contractum mandati, & alios contractus, licet non omnino in iiſdem terminis notat *Ioh. Fab. in §. recte quoque 9. Inſt. de mandati.*

LIT. C.

Alia cauſa, ex qua mandatum ſolvitur, hic proponitur: mors alterutrius. Et de mandatario quidem dubium non eſt, hactenus ſcil. ut mandatum implere hæredes eius nec debeant nec teneãtur, licet eo nomine, quod à defuncto geſtum eſt, dubio procul habeant actionem. Quod ad mandantem attinet, res dubio non caret, propter textus diverſimode loquentes *in l. 12 §. ult. cum l. ſequ h. t. & in l. ult. de ſolut* quem textum poſteriorem Cujac. 1. *obſerv* 38. corruptum & ita legendum exiſtimat: ei qui mandato meo ſtipulatus eſt, poſt mortem meam recte ſolvitur &c. & ſtatim: ei autem cui juſſi debitorem meum ſolvere, poſt mortem meam non recte ſolvitur. Sed Cujacio recte contradicit *Hottomann. 2. amicab reſponſ.* 38. & ſane in prima ſpecie legis, cur recte ſolvatur ei qui poſt mortem alterius ſibi ſtipulatus eſt, ut recte habet vulgata lectio, perſpicua ratio eſt, quod per ſtipulationem ipſi obligatio & jus quæſitum eſt, quod morte tertii auferri ipſi nequit, cum etiam conſtet, recte nos ſtipulari, ut poſt mortem tertii nobis aliquid detur §. *item poſt.* 15. *Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* idque eſt quod ait *Accurſ. in d. l. ult. de ſolution.* ideo ei ſolvi poſſe, quod actionem habeat ex ſua ſtipulatione. Sed & in poſteriori ſpecie cur non recte ſolvatur ei, cui juſſi debitorem meum licet poſt mortem meam ſolvere, ut indem vulgata habet lectio, in obſcuro ratio non eſt, tam quod ex iſto mandato tertio nullum jus quæſitum eſt, tum quod illa adjectio, *poſt mortem meam*, non mutat naturam mandati, cujus iſta qualitas

& eſ-

& eſſentia eſt, ut mandatoris morte expiret. Verum poſteriori huic ſententiæ non parum obſtat *l.12.§.ult.& l.ſeq.h.t.* ubi ex cauſa mandati poſt mortem eius qui mandavit collati, actio mandati eſſe dicitur. Contrarium hoc dutiſſimum & ſcabioſum appellat Salicet. *in d.l.13. h.tit.* ubi varias proponit diſtinctiones & conciliationes, & primo quod interſit, an mandatum fuiri interſit hæredum nec ne. 2. quod interſit, an tale quid mandatum ſit, quod poſt mortem dem um poteſt aut debet ſortiri effectum nec ne: quæ eadem reſponſio eſt *Hottom. 2. amicab. reſp.38.* ubi ſpeciale ait eſſe in mandatis, quæ mortis cauſa injunguntur. 3. quod interſit, an mandatum directum poſt mortem ſit implendum in perſona tertij, an ipſi defuncto vel hæredi. 4. quod *in d. l.ult.de ſol.* non intelligendum ſit, quaſi in genere per mortem ſolvatur mandatum, ſed tantum quoad effectum, ut non rectè ſolvatur. 5. quod *in d.l.ult.* verba, *poſt mortem meam*, non conjungantur cum infinitivo, *ſolvere*, ſed cum verbo, *ſolvitur*: quæ ſententia à gl. *in d.l.ult.* propoſita, in effectu convenit cum ſententia & lectione Cujac. Alius ſcrupulus eſt *ex l. & ſi quis 14. ſi cui de religioſ.* ubi in ſpecie *l 12. §. ult. h.t.* videtur dari actio de dolo, quam cum actione mandati, utpote ordinaria non concurrere vulgo receptum eſt. Verum ſup. ad diſp. 11. theſ. 6. oſtenſum eſt, actionis dolo cum alia actione famoſa, qualis eſt mandati concurſum defendi poſſe. Alias duas reſponſiones adfert Salicet. vel quod ibi data fuit pecunia pro funerando, quod repugnat naturæ mandati: vel quod de ejuſmodi facto ibi tractatur, quod in vita mandantis ut expediatur, impoſſibile eſt. Mihi vero alius adhuc nō levis, quem tamen à nullo moveri video, occurrit ſcrupulus, quod ante Iuſtin. contra hæredes & ab hæredibus actionem incipere non potuiſſe conſtat: propter quam ſolam cauſam poſt mortem ſuam vel promiſſoris inutilis erat ſtipulatio §. *poſt mortem 12. Inſtit. de inutil. ſtipulat* Atquin in ſpecie *l.13.h.t.* ſi quis mandaverit poſt mortem ſuam hæredib. emi fundum, non animadverto, quo modo non actio mandati incipiat ab hæredibus, quam in eo caſu competere & Doctores admittunt omnes, & evincit cōnexio cum *l præcedent. § ult.* in quo cum actio mandati hæredibus dari dicatur, idē eſſe reſpondetur in caſu l 13 H iud ſcio an forte *in dict. leg. 13.* verba *poſt mortē meam*, adjecerit Tribon. aut ex ſenteut. a Hottomanni ſpeciale ſit in mandato ad monumentum faciendum, ſiquidem textus ita reſtringi poteſt: aliud quod interim reſpondeam, non occurrit. Neque moveor quod *ex leg. 137. §. ult. inde verborum obligationibus.* ubi hoc communiter DD. notant, probatur, hæredi ſuo rectè quem ſtipulari: quoniam plane exiſtimo, neceſſe eſſe, ut ex ratione juris veteris adjecta ſimul fuerit perſona ſtipulantis. Illud enim cavillatorium fuerit, ſi quis exiſtimet, expreſſam ſaltem mortis ſuæ mentionem obfuiſſe ſtipulationi: ſed & ſive expreſſe ſive tacite hoc factum proponas, perpetuò obſtat illa regula juris antiqui, quæ actionem ab hæredib. incipere vetabat: quod utique contingere neceſſe eſt, ſi quis tantum hæredi ſuo ſtipuletur: quoniam ratio illius juris erat, quod obligatio quæ nunquam in defuncto conſtitiſſet, non poterat tranſmitti, ſed & *in d.l.13 h.t.* verba, poſt mortem meam expreſſe adiecta proponuntur. Uti tamen actioni etiam nō adiecta perſona patris locus eſſe videtur *ex l. 45. §. 2. de V. O.* ubi ex hac ſtipulatione poſt mortem meam filiæ meæ dari, utilis actio competere filiæ reſpondetur: licet & illum locum à Tribon. corruptum putet *Anton. Fab. in leg. 21 de pact.* niſi quis forte id ad caſum dotis filiæ reddendæ reſtringendum exiſtimet. Illud apparet ſi cui perſonæ rectè ſtipuler, ut ipſi quæratur actio nihil intereſſe poſſe, an poſt meam mortem ſtipulatio conferatur nec ne.

Lit. D.

Proponit in theſ. aliis quoque modis ſolvi mandatum, & exemplum in exegeſi proponit, mutationem ſtatus in deterius, & hoc modo ipſo iure mandatum ſolvi affirmat. Id quidem *ex citat. cap ſi quem de procur. in 6.* non probatur, neque de eo tractat Iaſon Cynus autem ad tit. D. mandati, non ſcripſit, (*in l. ſancimus. C. de teſta.* (*ubi* tribus verbis ait, procuratorem videri revocatum, ſi efficiatur ribaldus,)ſed altero cit. loc. *in l. rogaſti 11. § ſi fugitivus. 2. de reb. cred.* ubi hoc exemplificat in procuratore bānito vel ribaldo. (quo verbo quid intelligat ipſe & Mozzius in cap. de mod. ſolvend. mandat, mihi non ſatis liquet.) ſed in bannito expedita ratio eſt, quod hoc modo caput de civitate eximitur: neque hic caſus diſtinctim proponendus erat, quem Treur. lit. C. ſub caſum mortis, quæ vel civilis eſt, vel naturalis eſt, retulerat. Cæterum etiam minima capitis diminutione ſtatus in deterius mutari poteſt: quo caſu, ſi v.c. paterfam. arrogetur, ſententiam

Digitized by Google

rentiam Tr. generaliter propoſitam falſam eſſe non dubito. Sed non debebat Treutl. tantum mentionem facere ſtatus mutati in deterius: quoniam hoc etiam obtinet in caſu in melius mutati ſtatus, v. c. ſi ſervus diſpenſator: manumiſſus ſit *§. item 10. Inſtit. h. t. l. eius qui, 41. de reb. cred.* Vide hac de re infra *part. 2. diſp. 29. th. 4. l. t. A.* ubi quæritur: an mutato ſtatu adjecti facultas ei ſolvendi intercedat, quoniam iſte procuratoris inſtar eſt *arg. §. ſi quis 4. verſ. plane. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* In eo quoque oſtendit hic Treutl. quod confuſim proponit modos, quibus ipſo jure mandatum ſolvitur, velut mutationem ſtatus, mortem & modos qui tantum præſtant juſtā cauſam revocandi & renunciandi quæ proponuntur *in l. 8. § ult cum ll. ſeqq. de procurat. & in l. 22. §. ult. cum ll. ſeqq h. t.* ex quarum numero ſunt hae lit. D à Tr. propoſiti morbus & inimicitiæ. Hinc & alterum vitium notari poteſt, quod cum duos hos modos opponat præcedentibus & ab iis diſtingvat, attamen accuratius iſti modi referuntur ſub caput voluntatis contrariæ, quæ ſcil. declaratur revocatione & renunciatione. quarum utraque ex cauſa inimicitiarum morbi, &c. fieri ſolet. Nimirum ita jus eſt, ut mutare voluntatem liceat, idque vel libere, vel præſtito eo, quod alterius intereſt, & hoc indiſtincte, illud vel re adhuc integra, vel ex iuſta ſuperveniente cauſa, ut tamen & hic quod cujuſque ante cauſam illam ſupervenientem & voluntatis ſequutam declarationem intereſſe cepit, utrinque præſtetur.

LIT. F.

Fines mandati diligenter cuſtodiendos eſſe docet: & porro ſi indefinite datum ſit, bona fide definiendum eſſe, ita ut definitio iſta non tam ad formam ſuperficialem, quam ad effectum referatur. Quæ ſane obſcurius proponi videntur, & res ita ſe habet, ut ſi mandatum non omnino ratione pretij vel rei aut aliarum circumſtantiarum reſtrictum & limitatum, vel etiam generale ſit, velut *in cit. l. 60 § ult. h. t.* quod bonæ fidei convenit, præſtare oporteat, & in actionem mandati veniat & deducatur. Et ſententia citati Baldi ad mandatum definitum pertinet, in quo expediendo monet non ſuperficiem & corticem verborum, ſed intentionem mandātis eſſe ſpectandam. Illud vulgatum eſt, de mandato ad aliud trahendo, ſine quo haberi illud non poteſt, quoniam conſequenti conceſſo etiam antecedens citra quod ad aliud perveniri nequit, intelligitur conceſſum.

Et mandatum.] Qui mandatum habet ad vendendum, eum etiam ad pretium recipiendum mandatum habere videri Treut. affirmat. Quæ ſententia confirmatur *ag. lib. 15. de ſolut.* ubi ſervo qui pecuniam erogare poteſt, eandem recipere permittitur. Facit & hæc ratio, quod eum utiq; hic rem tradere poſſit, juxta naturam cōtractus, non niſi ſoluto vel oblato pretio emtor, ut ſibi res tradatur, expetiri poteſt, *Iulianus. 13. §. offerri. 8. de action. emt.* Ex quo reſpondetur *ad l. 2. §. igitur. 12. de exercit. action.* ubi qui propoſitus eſt ad locandum, negatur poſſe exigere: etenim ex cauſa locationis merces non prærogari, ſed finitis ſingulis annis numerari ſolet: licet etiam *in d. §. 12.* ſub taxatione tantum ad locandum proponitur eſſe conſtitutus. Neque obſtat *l. hoc iure. 86. de ſolut.* ex qua procuratori ad litem non recte ſolvitur: quia ſpecialis ratio eſt procuratoris ad negotia, qui in perſonam ſuam actionem acquirit, & quia exercitium litis diverſum plane eſt ab acceptione ſolutionis: & differentiam priorem ipſe inſinuat ICtus *in d. l. 86.* dum negat procuratori ad litem actionem judicati.

THESIS VII.

LIT. A.

Propoſitio hic tradita, quod actio mandati detur ei, cujus & cum intereſt, probatur cum textibus allegat. cum generali axiomate, ꝙ omnes actiones comparatæ ſint ad perſequendū quod cujuſque intereſt, *argument. l. 38 § alteri 17. de V. O.* eoque deficiente nulla actio fundari poteſt. Sed objicitur *l. 6. §. 4 h. t.* ubi dicitur, mandati eſſe actio, ſi mandavero, quod mea non intereat. Putabā dici poſſe ſatis hoc ipſo intereſſe videri, quod alter negotium alterius gerendum ſuſcepiſſet. Verum quominus hoc recte dicatur, facit *argum. ex l. 8. §. 6. h. t.* & ratio præcedens, quod ad fundandam intentionem peculiariter alicujus intereſſe oporteat: & quod generaliter receptum eſt, conventionem in alterius perſonam conceptam ita inutilem eſſe, ut nec alteri nec illi ipſi qui ita convenit, actio detur, ut notant *Dd in §. 3. & 4. Inſtitut. de inutil. ſtipulat in l. 38. §. 1. de V. O.* de quo infra par. 2. diſp. 27. th. 2. Non dicam ita me agere poſſe mandati, ſi ille qui ſuſcepit negotium & perfecit, prius agere ceperit.

quod

Digitized by Google

quod hoc caſu mea quoque intereſſe incipiat: ſed reſpondebo & 1. phraſin illam *in d.* §. 4. *l.* 6. *h. t.* hoc ſignificare, mādare vel mandaſſe aliena tātū gratia, q genus mandati utile eſſe, docetur in *prin.* & §. 3. *Inſtit. h. t.* & *in l.* 2. *D. eod.* adeoq; opponi ei mandato, q fit mea cauſa, in qua ſpecie principaliter & per excellentiam dicitur mādari, quod mea intereſt. Hinc 2. reſpondetur ex ſententia Dd. quam refert & ſequitur Salicet *in l.* 2. *h. t.* poſſe in iſto caſu, ubi quis mandat aliena gratia duobus modis intereſſe mandantis, tum quod fortaſſis alteri tenebitur mandati, quo caſu etiam alteri, rectè ſtipulamur §. *ſed etſi.* 19. *verſ. ergo. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* tum quod licet ab initio non interſit, poſt geſtionem tamen incipere poteſt intereſſe: quoniam qui v. c. tertij negotia geri aut adminiſtrari curat, illi tertio mandati aut negotiorum geſtorum tenetur *l. ſi quis.* 28. *de neg. geſt.* Secundum hæc errant *Balduin ad* §. 1. *ff. h. t. Hottom.* 5. *obſ.* 10. qui *in d. l.* 6. §. 4. *h. t.* expūcta negatione volunt legi, *quod mea intererat.*

LIT. B. C.

Præſtandam eſſe ait à mandatario dolum & culpam, & in exegeſi ſubijcit in hæc verba, *actiones itaque cedere debet mandatarius* Quæ nulla plane mihi videtur eſſe connexio, quoniam non ex culpa vel dolo, ſed ideo quia negotium ipſum mandantem concernit, actiones veniunt præſtandæ. Ait porro liter. C. etiam leviſſimam culpam præſtandam eſſe, ut tamen in exegeſi non obſcure probare videatur declarationem Emanuelis Soarez ut hoc obtineat, ſi res talis ſit, quæ exactiſſimam diligentiam requirat. Quo admiſſo prius illud de pręſtanda leviſſima culpa re ipſa deſtruitur, & conſequitur id regulæ loco ponendum non eſſe, ſiquidem ita non natura contractus, ſed conditio rei præſtationem leviſſimæ culpæ inducit. Exemplum præbet contractus locationis, in quo receptiſſimum eſt, latam & levem culpam tantum præſtari *leg.* 5. §. 2. commodati, & tamen propter conditionem & qualitatem rei exactiorem aliquando cuſtodiam & diligentiam requiri, notant Dd. *in* §. *ultim. Inſtitut. locati.* Enim verò regulam facit natura contractuum, ſed exceptio ſumitur à rei qualitate. Cæterum quæſtionem hanc controverſiam inter Dd. fuiſſe, oſtendunt notata à Saliceto *in l.* 2. *hoc titulo numero primo,* ubi refert diverſas opiniones, & Bartoli ſententiam, quod tantum procuratores ad iudicia de leviſſima culpa, cæteri regulariter de levi tantum teneantur, ait eſſe æquiorem. Verum quod regulariter de leviſſima culpa mandatarius teneatur, præter legem 13. *Cod. hoc tit.* quæ omnem culpam vult eſſe præſtandam, magis probat *l.* 21. *Cod. eod.* quæ eum ad majorem etiam quam ſuis rebus præſtat diligentiam teneri oſtendit. Attamen pro diverſitate factorum diverſimode teneri mandatarius videtur: verbi cauſa ſi adminiſtrationem ſuſceperit leviſſimam culpam præſtabit: cæterum bonam fidem præſtare, & culpa fraudeve carere ſufficeerit, *arg. l.* 8. *ultim.* & *l.* 29. §. 4. *h. tit.* Porrò ut hoc addamus, in actionem directam mandati hoc quoque venit, ut procurator præſtet actiones, quas dum curat res meas ſibi acquiſivit *l.* 8. §. *ſi liber homo.* & §. *ult. l.* 45. §. *quoties. hoc tit. l. poſſeſſio.* 49. §. *ultim. de acquir. poſſeſſ.* Qua in re differentia eſt in procuratore ad iudicia, quod ex judicialibus ſtipulationibus etiam citra ceſſionem utilis actio competat domino *l.* 5. *de prætor. ſtipulat. l.* 27. *in fin.* & 28. *de procurat. l.* 79. *de V. O. Cuiac. in l.* 40. *de vulg. ſubſt. lib.* 29 *quæſt. Papin.* In quo errare videtur Sichard. qui *in lib.* 1. *Cod. de ſentent. num.* 3. ex hac cauſa ipſo jure in dominum actionem tranſire affirmat: quo admiſſo etiam actionem directam domino competere ſequeretur: cui ſententiæ repugnat tum, quod etiam in judicio quaſi contrahitur *l.* 3. §. *idem ſcribit. de pecul.* procurator litem conteſtando dominus effici dicitur. Quod lit. D. aſpergitur, condemnatum ex dolo infamem fieri explicatum eſt ſup. diſp. 8.

LIT. E. & F.

Tractatur hic de actione contraria, in quam venit, quod procuratori ex cauſa ſuſcepti officij abeſt, etiam, ut ait Treutl. caſu fortuito, quem mandantis culpa præceſſit. Hoc quidem etiam tractationi de actione directa adjicere debebat, quoniam communi jure à quocunque quod caſu fortuito, quem culpa præceſſit, damnum datum eſt, præſtari oportet. Quæſtio autem propoſita lit. F. communis eſt omnibus fere contractibus, v. c. depoſito, commodato, locato, pignori &c. ſi ſervus ex iſtis cauſis a domino in alium translatus damnum dederit, an & quatenus dominus teneatur, an noxaliter tantum an in ſolidum

Digitized by Google

dum & quanti intereſt: q tractatur ſatis prolixe *in l ſi ſervus cōmunis.61. aliàs 63 de furt.* Et obtinet hic regula contraria ei, quæ traditur *in l.5.§.* 2.commodati, per quam accipiens, ſi ejus cauſa tantum cōtrahatur, præſtat leviſſimam culpam: & ex adverſo commodator ob damnum ex re commodata illatum commodatario ſolum dolum & latam culpam, per notata ſupr diſput.24. theſ.4.lit. C. Contra ubi contrahitur ſolius dantis cauſa, ut in depoſito, accipiens tantum præſtat dolum & latam culpam: & ex adverſo deponens ob damnum depoſitario datum de leviſſima culpa, id eſt, etiamſi ignoraverit vitium rei tenetur. Et quoad priorem regulam *in d.l.5.§.* 2.commodati exceptio eſt in mandato, in quo venit leviſſima vel utique levis culpa, non etiam quoad poſteriorem. Quod evidenter oſtendit *d l.61.§.quod vero.5. de furt.* ubi quoad hoc poſterius idem ſtatuitur in mandato & depoſito, inter quæ tamen quoad prius, latiſſima eſt differentia. Quod autem mandans vel deponens propter damnum mandatario vel depoſitario illatum, etiamſi ignoraverint rei vitium, ultra noxæ deditionem, quanti intereſt præſtare teneantur, ſolida ratio redditur *in d.§ 3.* quod officiū ſuum nemini debeat eſſe damnoſum, & æquius ſit ad dominum ſpectare damnum, quam ad eū, qui citra ullum ſuum commodum alteri officiū & beneficium præſtitit. Apparet autem ex diſpu. Iulian. *in d. §.1.* de hac re non omnino inter omnes conſtitiſſe, & aliud judicium fuiſſe videtur *Pauli & Neratij in l. inter cauſas 26. §. ſed cum 7. hoc tit.* ubi eo demum caſu, ubi dominus vitium ſcivit, nec prædixit ad ſolidum intereſſe, cæteroquin tantum noxaliter eum teneri traditur: niſi cum *gl.in d.§.7.& l.61. §.5. de furt.* quod probat Salic. *in d. §.7.* diſtinguas, an quis juſſus fuerit ſimpliciter emere hominē, an vero hominem certum: quod illo caſu procedat, *d.l.26 §.7.hoc tit.* hoc autem *l.61.§.5.de furt.* in qua etiam nominatim hominis certi fit mentio. Atque hæc eſt ſententia & vera & communis, à qua ſi diſcedit Treutl. & vero cum diſcedere inde apparet, quod Dd. pro diſſ. adducit, procul dubio errat: quamvis Coſtalius citatus magis pro Dd. faciat, & Duar. cap.3. hic, hoc tantum, quod damnum ex cauſa mandati acceptum: mandans ſarcire teneatur, doceat & Bart. trib. tantum verbis mandatorem ex leviſſima culpa teneri ſcribat: quæ omnia veriſſima ſunt, & poſterius iſtud Bartol. ex ipſo textu ſæpe *d. l.* 61 *de furt.* perſpicue probat. Quod ſi contrariæ opiniones ICtorum ſtatuendæ eſſent, ſententiā Iuliani *in d.l.* 61. non dubitaverim dicere eſſe veriorem: *his adde notata infra diſp.29.theſ.7 l.t* C. Illud ſupereſt, ut dilectione *d.l.26 § 7. hoc tit.* videamus: ubi Treutl. ſequitur Anton. Fabr. qui 3.coniect.5.vult legi, *culpa mea.* Verum & vulgata lectio commodum habet ſenſum, quod ſcilicet noxalis actio detur mandatario, cui ſervus mandatus furtum fecit, ſi modo abſit mandatarij culpa, gravior ſcil. aliqua per quam occaſionem furandi ſervo præbuerit, quomodo etiā hoc recte explicat *Cuiac.in l.21.§.1.commodati. in fin.tract.8.ad Afric.* Neque emendationem illam Fabri, ut Tr. putat, confirmat verſ. ſeqq. *quod ſi ego ſciſſem, &c.* quia opponitur principio § in quo in caſu ignorantiæ mandans noxali tantum actione vel noxaliter actione mandati, convenitur.

Lit. H.

Quæritur, ſi quis fines mandati exceſſerit, expreſſe deſignatos, an habeat actionem: & uſque ad terminos præfixos actionem conceſſit Proculus *in l.4,h t.* quem textum Treutl. ad actionem mandati reſtringit, cæterum nomine ejus quod exceſſit negotiorum geſtorum actionem conced.r Equidem Martinus olim utilem tantū hoc caſu actionem conceſſit, cujus ſententiam benigniorem eſſe affirmat Ioh. Fabr. *in §. is qui 8. Inſtit. mandati.* Verum nec ita explicata ſententia Treut. probatur *ex cit. l.2 & 45. de negot. geſt.* quoniam qui mandatum excedit, in eo quod excedit negotium mandantis geſſiſſe dici non poteſt, quoniam hoc quod excedit, aliud eſſe intelligitur *lib.3.in princip. & §.3. h.t.* & proinde hoc nomine actio ei dari non poſſit: quod & ſatis perſpicue probatur *l.3 § ultim.* & *l.4.h t. d.* 8.8 *Inſtit. eod.* quibus locis traditur ex ſententia Sabinianorum mandatario, qui exceſſerat nullo modo actionem competiiſſe: neque probabile aut veriſimile eſt, ICtos in verbis luſiſſe, ſiquidē inter actionem mandati & neg. geſt. diſtinctio, pendet à qualitate conventionis, effectus autē & re ipſa nihil intereſt utra quis actione utatur vel conveniatur, Et poteſt textus *in l.3. §. ultim. h.tit.* ita induci, quod ibi referatur ſententia eorum, qui negabant actionem mandatario, etiamſi paratus eſſet remittere quod excedit, quæ opinio cum improbetur in l. ſeq. & actio uſque ad pretium determinatum concedatur,

ſequi-

Digitized by Google

ſequitur etiam ita, ſi quod excedit, remittatur, permitti & concedi, & ultra nullam eſſe actionem. *Et Accurſ. in d.* §. 8. *Inſtit. h.* pro hac opinione inducit *l. ſi proc te* 40. *h. t.* ubi qui pro vetante intercedit: nec utilem negotior. geſt. habet actionem, qui autem certum terminum ſtatuit, extra illum vetare videtur: Neque adeo obſtat, quod de æquitate affertur: quia reſpondetur 1. donare videri eum, qui exceſſit fines, ſicut in ſpecie *d. l.* 40. *h. t.* & cum mandati fines obſervare potuiſſet, habet quod ſibi imputare debeat, Utique non videtur eſſe æquitatis æquitas, & cum adeo *in d. l.* 4. *h. t. & in* § 8 *Inſtit. eod.* ea ſententia quæ uſque ad terminos mandati actionem concedit, ſub colore æquitatis & benignitatis recepta ſit, eam benignitatem porro extendere rationi minus convenire videatur. Deinde reſponderi poteſt ſententiam *d. l.* 4. *h. t.* pertinere ad caſum actionis non exceptionis iſte eſt, mandatarium non poſſe agere contraria actione, ut re accepta totum quod expendit, ſibi præſtetur, ſed ſi mandans directa actione experiatur, mandatarium exceptione ſe defendere poſſe, ne rem non præſtito ſolido pretio reſtituere cogatur: quomodo etiam malæ fidei poſſeſſor impenſas neceſſarias & utiles conſervare poteſt per not. ſup. diſp 14. theſ. ult.

THESIS VIII.

LIT. B.

Docet ſocietatem contrahi conſenſu vel expreſſo vel tacito, qui ſcilicet juxta *l.* 4. *h. t.* ipſa rerum collatione declaretur. Ex quo ipſo apparet inſignis inter iſta differentia, quod poſterior iſta ſpecies, in nudo conſenſu non ſubſiſtit, ſiquidem ipſa demum rerum collatione perficitur & conſtituitur: adeoq; haud ſcio an hæc diviſio recte accommodetur definitioni, qua ſocietas dicitur conſtare conſenſu, maxime propter verba adjuncta, de re utrinque communiter habenda: quæ verba cõſenſum in futurum deſignant, cum ipſa rerum collatio non niſi de præſenti operetur. Subjicit porrò Treutl. per modum illationis, fratres ſimul bonis parentum indiviſis habitantes non intelligi ſocios. Verum hæc ad duplicem illam ſocietatis ſpeciem propoſitam, ex conſenſu expreſſo & tacito, vitioſa plane illatio eſt: quod ſi enim citra verba ſola rerum illatione ſocietas contrahitur, conſequens tanto magis judicatur, fratres non diverſis bonis ſimul habitantes, ſocios præſumi debere, quam etiã veterũ quorundam opinionem referunt. *Bartolus & Baldus in l.* 4. *Cod. commun. utriuſque judic.* Eam Bartolus ita admittit, ſi ſimul fratres negotientur: quam limitationem Bartoli, cum ipſe ſtatim improbet Treutler. *verſ. & ſi nullus,* tanto magis defendi poteſt, ſocietatem inter fratres iſtos præſumi debere. Et recte Bald. contra Barto. cit. loc. tradit, ſocietatem induci ex actibus quæ faciant communionem etiam citra negotiationẽ, quæ utique ad eſſentiam ſocietatis non pertinet. Et ſtatuemus igitur in iſto caſu eſſe ſocietatem, ſed quæ ultra bona pro indiviſo poſſeſſa & fructus inde perceptos non extendatur: & ita ſtatuemus, utcunque intercedat ſubductio rationum. Qua in re non dubito errare Treutler. eo demũ caſu ſocietatem habendam eſſe, ſi communicatio fiat citra rationum ſubductionem: ſiquidem hæc naturæ ſocietatis minime adverſatur, imò ut partes damni & lucri recte computari poſſit, rationibus ſubductis opus eſt, neque minus ut de fructibus perceptis & impenſis factis, quarũ rerum nomine actio pro ſocio invicem competit, conſtare poſſit. Plane in ſocietate generaliſſima, in qua omnia omnino communicantur, locus poſſit videri ſententiæ Treutl. quamvis utique ſocietatem conſtitutam rationum ſubductio evertere vel diſſolvere nõ poſſit, maxime cum etiam in hac ſpecie quod alter culpa vel dolo commiſit, de ſuo præſtare teneatur.

LIT. C.

Ait communicari & corpora & operas, ſubjectis his verbis, *& has impenſis communibus etiã domi factis conferri oportet.* Quibus quid ſibi velit, non ſatis aſſequor, neque ad eorum intellectum allegata deducunt. Nam *in l.* 60. §. 1. *cum l. ſeq.* hæc quæſtio tractatur, an quod non recta in ſocietatem ſed tamen propter ſocietatem & ejus occaſione impenſum eſt, in actionem pro ſocio veniat: quia in re non conveniſſe inter Iulianum & Labeonem patet ex dd. textib. juncta *l.* 52. §. *quidam eodem. Apud Cyn. & Bald in l.* 1. *C. h. t. & Schneidvv, in* §. *de illa Inſt. eod.* illud tractatur, quomodo ubi ex una parte pecunia ex altera opera collata eſt, lucri & damni ratio ineatur: qua in re nullam Cyni & Baldi diſſenſionem deprehendo: & pertinet hoc ad theſ. ſeq. lit. A.

LIT. D.

Si partes adjectæ non ſint, æquales in lucro & damno proportione Geometrica eſſe debere affirmat. Cæterum cit. Menoch. rem iſtam

Digitized by Google

non ſatis accurate expendit, & apud eum ſecundus caſus, ſi minus quam conventum eſt, alter contulerit, expeditam habet deciſionem, ut proportionaliter etiam minus ſentiat lucri. Primus autem caſus ſubdiſtinguitur, quod aut collatio eſt æqualis, & citra pactum, portiones quoque lucri æquales eſſe oporter: aut inæquales, & hic quaſi tacite actum intelligitur, ut ad proportionem ſummæ collatæ, etiam ratio partis lucri ineatur, *argument. leg. 6. in fin. & l. 83 in fin, hoc titul.* Idque eſt quod poſt Menoch. Treut. ait proportione Geometrica partes conſtituendas; licet dubitare quis poſſit, tum recte iſtud proportione Geometrica fieri dicatur: quoniam hæc dici ſolet, ubi in diſtributione qualitat s perſonæ, dignitatis, meriti, roboris, &c. ratio habetur: quæ in ſocietate non attend: conſtat. Et ſicut qui piſtori duos nummos dedit, eo qui dedit unum, plus accipit, non Geometrica, ſed Arithmetica proportione, ita etiam in hoc caſu Arithmeticæ proportioni, quam ad contractus pertinere liquidum eſt, convenit, ut qui altero tanto plus contulit, duas partes lucri accipiat. Huic ſuccedit hac lit. alia quæſtio de partibus inæqualibus, etiam ubi æqualis collatio eſt, ex pacto conſtitutis. De qua ita ſtatuit Treutl. non valere tale pactum: quippe cum demum inæquales admittat partes, ubi alter plus contulit. Cui ſententiæ omnino refragratur § 1 *Inſt. h. t* ubi Iuſtin. tradit, ſi nihil actum ſit, æquales eſſe partes, inæquales autem ex pacto conſtitui poſſe. Quod de æquali collatione accipiendum eſſe exinde patet, quod juxta prædicta in caſu inæqualis collationis, etiãſi nihil actum ſit, tamẽ ex pacto tacito inæquales partes eſſe, adeoq. Iuſtin. ineptè ibi diceret, expreſſas partes ſervandas eſſe. Et hanc communem eſſe Dd. ſententiam tradit *citat. Menoch. caſ. 125. in fin, non nego tamen, inquit, quin valeat pactum, quod partes æquales ſint, etiamſi unus plus altero contulerit, ita enim ſentiunt noſtri interpretes, &c* Huic enim omnino conſequens eſt, ut in collatione partes inæquales pacto conſtitui poſſint. Et verò rationis eſt, ut pactum expreſſum ultra ordinariam naturam contractus operetur, modo non inducatur nimia inæqualitas, quæ ſocietatem faciat leoninam, ut loquitur *ICtus in l. 29. §. b. t.* Secundum hæc *d. l. 29. in princ.* quæ pro Tr. facit, cõmode accipienda & explicanda eſt: vel quod ibi ICtus ad regularem ſocietatis naturam reſpexerit, vel quod nimiã inæqualitatem intellexerit & improbaverit.

LIT. F. & G.

Proponitur diviſio ſocietatis in generalem & ſpecialem, ex quibus illa omnino ſubdiſtinguẽda eſt, quod alia eſt ſimpliciter omnium bonorum, in qua tantum communicantur, quæ ex quæſtu veniunt *l. 7 cum ll. ſeqq. hoc titul.* alia vero ſpecialiter omnium bonorum, in qua etiam ex titulo lucrativo obvenientia & omnia omnino communicantur. Poteſt & dari mixtum quoddã genus ſocietatis, quæ diverſo reſpectu generalis & ſpecialis dici queat. v. c. ſi fratres communem retineant hæreditatem paternam: qui licet ſocij omnium bonorum non ſint *l. 39. §. 3. fam. erciſc.* attamen reſpectu ſocietatis ſingularis & particularis, univerſitatis cuiuſdam ſocij dici poſſunt, Ex quibus fortaſſis ſumi poteſt deciſio quæſtionis lit. F. an ſocietas generalis vel univerſalis tacite conſtitui poſſit. Scilicet non poteſt illa, in qua omnia omnino communicantur: poreſt autem poſterior illa mixta, videlicet eo ipſo dum manent in communione, quod ipſe Treut. admittit lit. B. fratres duos videri ſocios ſi citra ſubductionem rationum, quæ utique non inducet expreſſam conventionem, lucra communicentur: idque probat *d. l. 39. §. 3. fam erciſc.* in qua communio hæreditatis opponitur ſocietati omnium bonorum, non quaſi in illa nulla ſit ſocietas, ſed quod illa ſuo modo particularis, hæc ſimpliciter univerſalis eſt. Hoc tamen exemplum minus aptum eſſe videtur conſtitutæ ſocietatis, quod communio vel ex teſtamento vel ex lege ipſorũ corporum inter plures hæredes jam conſtituta ſit, Ab initio autem tacite quamcunque univerſalem ſocietatem conſtitui poſſe. difficulter exiſtimo: quod collatio rerum, quæ inducit tacitam conſtitutionem, vix in univerſum fieri poteſt: quamvis aliter videatur ſentire Treutl. ex ratione ſubjecta his verbis, *nam ſimpliciter coita tantum ad quæſtum communicandum tendit:* quorum verborum aut nullus idoneus, aut hic ſenſus eſt, quod præmiſſa aſſertio, de ſocietate non conſtituenda tacite, ad eam ſpeciem, quæ *in l. 3. h. t.* ſpecialiter univerſorum bonorum dicitur, tantum pertineat. Fruſtra autem hic objicitur conjunctio *l. 4. & 5. h. t.* quod cum in illa dictum eſſet, ſocietatem etiam re coiri, ſubjicitur *in l. 5. aliam eſſe univerſorum bonorum:* quoniam vitioſe hic infertur etiam hanc ſocietatem re contrahi: & ea compoſitorum mens fuit, *ut in lege quarta*, modos contrahendi, *in l. 5.* ſpecies

cies

Digitized by Google

cies ſocietatis proponerent: neque aliam ab iis connexionis rationem quæſitam argumento eſt, quod *in* §. 1. *d. l* 4 modi ſolve. dæ ſocietatis proponuntur. Quinimo videatur vix ulla ſocietas ſimplici collatione contrahi Quis enim credat, niſi mutos ita res conferre, ut nihil loquantur? Equidem video *Accurſ. l.* 4. *h. t.* ita explicare, ut coniunctim intelligat res & verba, per quæ putat ſignificari ſtipulationem, quæ opponantur nudo conſenſui. Poſſis etiam illud verbum RE referri ad ſocietatem incidentem, ubi duo cohæredes vel collegatarij ſunt, de qua bene *Mozz. hic de div. ſive num.* 8. Recte etiam dicam ICtum *in d. l.* 4. *h. t.* verba intelligere, quibus expreſſim declaratur, ſe ſocios eſſe velle, & quæ præcedant collationem: quæ recte opponuntur alijs verbis, & iſti modo contrahendi, quo verba ſimul & res ipſa concurrunt.

Quod lit G proponit de ære alieno, expeditam habet deciſionem, adhibita diſtinctione inter cauſam æris alieni, an ſocietatem concernat necne *per l.* 12. *& l cum duobus* 52 §. *ultim h. t.* unde explicandi eſt *l.* 82. *eod.* neque adeo ſimpliciter id a Tr. erat negandum.

Lit. H.

Quæritur hac litera, an ſumtus ſtudiorum à patre filio vel dos filiæ data, imputentur ſocietati omnium bonorum, ubi ante omnia diſtinguendum, an ſit ſocietas ſpecialiter omnium bonorum, an ſimplex, juxta *d. l.* 3. *&* 7. *h. t.* In hac negandam, in illa affirmandam quæſtionem exiſtimo. Etenim cum omnia omnino etiã ex donatione & legato quæſita cõmunicentur, merito etiã ex cõmuni ſumtus, q honeſtas, pietas & patrum neceſſitas exigunt, erunt ſubminiſtrandi: quæ ſcilicet concurrunt & occurrunt in ſumtibus ſtudiorum & dote, & in hac etiam neceſſitas & officij paterni ratio *l. ultim. Codic. de dot. promiſſ. l.* 19. *de ret. nuptiarum.* Nec minus juſtam cauſam imputandi debet præbere favor ſtudiorum & ipſa honeſtatis ratio. Et pro hac ſententia Rolandus á Valle adducit *l.* 39. §. 3. *fam. erciſc.* ubi debitum Reipubl. quod filius contraxit ſocietati omnium bonorum imputatur: ex qua etiam pro ſumtibus ſtudiorum argum. deſumi poteſt. Itemque *l.* 52 §. *ſocium.* 16. *hoc t.* ex qua ſocius omnium bonorum etiam ea confert, quæ actione injuriarum vel L. Aquil. conſequutus eſt: quamvis dici poſſit, aliam eſſe collationis, aliam erogationis rationem, q ex ejus univerſalitate nulla niſi ex incerto eventu videtur oriri inæqualitas, ſed bene ex hujus *argument. l.* 81. *in princip. hoc tit.* unde quod quis ob injuriam ſibi factam præſtat, non imputat *l.* 52. §. *ultim. h. t.* neque dubium eſt, quin ab uno ſociorum donata ſint extra ſocietatis rationes. Adducit eam Rolandus *d. l.* 52. §. *ultim.* ubi etiam quod quis per injuriam damnatus ſoluit, ſocietati imputatur: & denique *l. quod ſi.* 66. *hoc titul.* quæ dotem ſoluto matrimonio lucro mariti cedentem, inter ſocios vult dividi, niſi forte & hic diſtinctione collationis & erogationis occurri poſſit. Cæterum huic ſententiæ, quam Treutler. defendit poſt Roland. & alios varia obijci poſſunt: & 1. quod ex ea magna poteſt conſequi inæqualitas. Reſpond. in ejuſmodi ſocietate, inæqualitatem impenſarum non admodum eſſe ſpectandam, cum etiam non curetur inæqualitas collationis, ſi fortaſſis uni opulenta hæreditas deferatur. Sed & æqualitas illa pendet ab incerto eventu, quod alter plures, alter pauciores, alter ſtudijs aptos, alter ineptos liberos habeat: argument. ejus, quod dicitur *in l.* 81. *hoc titul* ſi pactum commune fuerit, nihil intereſſe, quod alter tantum filiam habuit. Sed & plurimum in hac materia committitur arbitrio boni viri, quo decidetur qualitas impenſarum. Neque negauerim, conſiderandam hic etiam qualitatem patris, & ex ea an & quales ſtudiorum ſumtus ſubminiſtrandi ſint æſtimaudum. 2. objicitur, quod iſtæ ſint ſpeciales plane impenſæ, de quibus in contrahenda ſocietate actum non videatur, & illas tantum erogationes & damna ſocietati imputanda eſſe, quæ ſocietatem reſpiciunt, & ejus occaſione emergunt. Reſpond. hoc argumentum tantum procedere in ea ſocietate generali, quæ communicationem ſolam eorum, quæ ex quæſtu veniunt, habet, non in ea, quæ ſpecialiter univerſalis dicitur: in quam cum conferantur, etiam ea quæ cum bonis collatis nullam habent connexionem, omnia etiam erogari abſurdum haberi non debet: & verò quod quædam cauſam ſocietatis non reſpicientia imputentur, perſpicuè probatur *ex leg.* 39. §. 3. *famil. erciſc. & ex l.* 52. *& ultim. hoc tit.* 3. objicitur. *l.* 73. § 1. *hoc tit* ex qua ut ſumtus ſtudiorum imputari poſſint pacto ſpeciali opus eſſe colligitur. Sed recte reſpõdetur

Digitized by Google

cum ibi agatur de contracta ſocietate univerſarum fortunarum, eaque juxta ſupra dicta duplex ſit, verbis iſtis *l.73. ut quicquid erogetur vel quæreretur, communis lucri atque impendij eſſent*, non deſignari pactum ampliativum ſocietatis, ſed declarari qualis ſit ſocietas, ut intelligatur ſcilicet ejuſmodi contracta ſocietas, in qua non tantum quæ ex quæſtu veniunt, ſed omnia omnino communicentur. Et ſecundùm hanc explicationem fortiter ille textus pugnat pro ſententia Treutleti affirmante, pro qua etiam à citat. Ubaldo & Ruland. inducitur: & ſimul ex eo probatur, quod in princ. hujus quæſt. diximus, in hac tamen ſocietatis ſpecie hanc ſententiam obtinere: Denique objicitur *l. ſi ſocius. 81. h. t.* ubi ut dos imputari poſſit pactum ſpeciale requiri videtur. Sed reſponderi poteſt, ideo ibi requiri pactum in ſpecie illius, quod dos tantum promiſſa non data, & quod de caſu defuncti jam patris adeoque ſolutæ ſocietatis tractatur: cæteroquin ſi dos jam data eſſet, vel patre adhuc vivo ſocietas duraret, nihil obſtaret, quo minus dos illa ſocietati eſſet imputanda. Sed & nihil proponitur, ex quo ibi ſpecialiter univerſorum bonorum ſocietatem contractam eſſe intelligatur, in qua ſola huic ſententiæ locum eſſe, jam monuimus.

THESIS IX.

Litt. A.

Si unus pecuniam alter operam tantum contulerit, pecuniæ amiſſæ damnum etiam ad hunc pro rata ſpectare affirmat Tr. verum vix ullo ut exiſtimo autore; etenim citatus pro hac ſententia Schneid. defugit autoritatem & diſerte contrarium ſcribit, pecuniæ damnum commune nō eſſe, quod etiam expreſſe tradit citata à Tr. *gloſſ. in l.1. C. h. t.* ex quo tamen argumentum pro opinione Treutl. deſumi poteſt, quoniam affirmat pecuniam fieri communem, cui conſequens eſt etiam damnum commune eſſe debere. Verum rectè *Cynus in dict. l. 1.* ex Iacob. de Aten. contrarium docet, quod in dubio pecunia non intelligatur communis, idque in terminis tradit Baldus in conſilio ſuo, quod totidem verbis integrum refert *Petrus de Vbaldis citato loco p 8. num. 42.* quod ſcilicet tum demum damnum pecuniæ amiſſæ ad eum, qui operam contulit, pro rata ſpectet, ſi pecunia fuerit communicata, quod idem tradit *Bl in l.1. C h. t.* Cæteroquin ſententiam Tr. falſam eſſe ſtatuo: quia ſcil. ejus rei, quam quis contulit damnum etiam ſentire debet, & imputet ſibi ſocius, qui alium hac conditione admiſit, ex quo ipſo tacitum quodāmodo pactum induci poſſe videtur. Et ſicut qui inæqualem pecuniæ ſummam cum opera cōtulit, juxta *l 29. in pr. h. t.* pecuniæ amiſſæ damnum nō æqualiter: ſed pro rata feret: ita qui nullam pecuniam & ſolam operam contulit, nullam etiam partem damni in pecunia ſuſtinebit: quod aliàs injuria fieret ei, qui ſub conditione & lege conferendæ tantum operæ contraxit ſocietatem: qui ſicut nihil lucratur, niſi quatenus ultra ſortem à ſocio collatam acceſſit: ita quoque periculum ſortis diminutæ ad eum pertinere non debet: cum opera æquivalere pecuniæ intelligatur: ex quo probabilis ſit limitatio *Covar. 3. var. reſol. 2. n. 2.* niſi inter operam & pecuniam inæqualitas appareat evidentior. Cæteroquin ſatis eſt operā inanem à ſocio præſtitam & amiſſam eſſe. Ex quo colorem capit limitatio Petri relata & probata à *Cyn in l 1. C. h. t.* niſi pecunia ante operam præſtitam perierit: quam tamen non probo, vel quia nihil imputari poteſt ſocio: vel quia periculum cujuſq; rei citra culpam & moram alterius contingens, ad dominum ſpectare debet. Et ergo concludendum eſt in quæſtione propoſita, ſi pecunia cōmunicata non ſit, ejus amiſſæ damnum nullo modo ad eum, qui operam contulit, pertinere debet. de quo caſu agere Tr. colligitur, tum quia ſimpliciter operam & pecuniam collatam ꝓponit, tum quia ꝗ diſſ. allegat *Bald. in l. 1. C. h. t.* quia in caſu pecuniæ communicatæ damnum quoque ejus commune eſſe affirmat. Illud parum intereſt, an *l. 52. §. 3 h. t.* legatur *prudentibus*, an *imprudentibus*, quam vulgatam lectionē bene defendit *Robert. 2. recept. lect. 31.*

Litt. B.

Subjicit Treu. limitationis cuiuſdam loco ad prius illud lit. A. quod paciſci poſſit ille, qui ſolus pecuniam confert, ut ſorte ſibi ſalva reſervata ſocius tantum lucri partem ferat Verum cū prius illud ſpectet onus ejus, qui operā contulit, potius ſubjiciendum erit, hunc ita paciſci poſſe, ut pecuniæ damnum ad alterum tantum pertineat. Limitatio autem Tr. ad illam quæſtionem pertinet, an pecunia collata communicetur, ita, ut qui operam contulit, ex illa partem ſibi vindicare poſſit. Et eum pacto demū hoc fieri ſtatuat Tr. ut alter pecuniam integram retineat, ſequitur eum exiſtimare, pecuniam in dubio cōmunicari: quod licet affirmet *gloſſ. in l. 1 C. h. t.* falſum

tamen

tamen eſſe jam antea probavimus. Cæterum admiſſa iſta ſententia, contrariũ pacto effici poſſe, nemo negaverit: neque hoc negat pro diſſ. citata *gloſſa in l.1.Cod.h.t.* neque negat. ibid. Bald, quam enim intelligat *l.* 4. haud ſcio: neque negat *Covar,3.var. reſol.2.n.3.* ubi caſum longe diverſum proponit, non valere pactum, ut accipiens pecuniam eius periculum ſubeat, ſitque ea integra conferenti, lucrum v. utrique commune. Et huc pertinet tractatio caſus qui proponitur *in l.29.& 30.h.t.& in §.de illa Inſt.eod.* in cujus fine Juſtin. ait, poſſe convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. Nimirum hæc conventio non ita valet, ut quocunque caſu damnum acceptum ſit, ad alterum tantum ſpectet. ſed ut omni quandocunque accepto & facto damno vel lucro, ubi in definienda ſocietate & actione pro ſocio agitur, ſi damnum tantum ſuperſit, id alter tantum ſuſtinere cogatur; velut ſi ex duobus ſociis ſinguli millena contulerint, & nullo lucro facto, ducenta periiſſe appareat, alteri tantum ducenta reſtituantur: qui ſenſus eſt limitationis à Juſtin. ſubjectæ *in d.§.* de illa *2.h.t.* Quod non ſatis perſpicuum, ut paulo latius explicemus, partes ſocietatis determinantur ex conventione vel tacita, quæ deſumitur ex quantitate rerum collatarum *arg l.6.in fin.& leg.83.in f.h.t.* vel expreſſa, per quam, ut antea dictum, facta etiam æquali collatione inæquales partes poſſunt conſtitui. Inæqualitas porro alia abſoluta, alia limitata, & utriuſque rurſus ſpecies ſive gradus conſtitui poſſunt: veluti ſi conveniat primo ut alter totum lucrũ alter damnũ ſentiat, abſoluta inæqualitas & nulla ſocietas eſt *l.29.§.ult. h.t.* 2. ut alter totum lucrum partẽ damni ſentiat: quæ pactio itidẽ nulla eſt ex ratione *d.l.29.* quia non poteſt ſubſiſtere ſocietas, ex qua alter nunquam ſentiat lucrum: neque alio valebit pactio, ut alter ſolum lucrum & ſolum damnum ſentiat, quoniam ita alter non ſocius, ſed miniſter futurus eſt. Limitatam inæqualitem dico, ubi utrinque in utriuſque perſona partes lucri & damni inæqualiter aſſignatæ ſunt: quod fit dupliciter, uno modo uniformiter, veluti ut alter duas lucri duas damni, alter unam lucri unam damni partem ferat: quæ conventio valet. *§.1.in fin. Inſt.h.t.* altero modo difformiter, ut ad alterum lucri partes duæ, damni una, ad alterum lucri, pars una damni duæ pertineant: quæ conventio licet ab æqualitate magis diſcedens, valere tamen dicitur *in §.de illa, 2.Inſt. h. t.* ex ſententia Servii, quia pactis alterari & variari poteſt contractus etiam extra naturam ſuam argum *l.24.& 26. depoſiti.* adeo quidem ut etiam hæc conventio valeat, ut alter lucri partem tantũ, nullã damni partẽ ferat *d.§.2.v.& adeo.* ſub limitatione tamẽ, quæ & poſteriori caſui *d.2.& pr. in l.30.h.t.* ſubjicitur, ut lucrũ non niſi illud intelligatur, quod deducto & compenſato computatoque damno ſupereſt: quoniam alio ſenſu ita ſocietatem contrahi non poſſe, ipſe admiſit Servius, ut traditur *in d.l.40. in pr. h.t.* ſi ſcilicet non deducto damno lucrum computetur, & ita ſeparatim lucri & damni ratio ponatur. Exempli gratia, ſi Titius & Mevius, inter quos contracta ſocietate mangonica, ut ille duas lucri, tertiam damni partem ferret, convenerat, ſinguli trecenta contulerint, & ſexcenta illa in emtionem viginti equorum impenderint, & ex decem equis venditis 600. confecerint, reliqui 10. equi morbo vel caſu perierint, lucrum in decem equis venditis facit 300. & damnum item in reliquis 10. equis deperditis facit 300. Hic ſi ſeparatim lucri & damni ratio ineatur. Titius juxta pactum ex lucro trecentorum habebit 200. Mevius non niſi 100. in damno autem Titio tantum imputabuntur 100. ſed Mevio 200. Atque ita fiet ut Titius in univerſum 400. Mevius 200. conſequatur, & ita ille ſupra ſortem 100. habeat, hic ex ſorte 100. amittat; quod ut æquitati & æqualitati: ita naturæ ſocietatis plane adverſatur. Et ita acceptam ſententiam mutii, quod talis ſocietas contrahi non poſſit; probavit Servius *in d.l.29. in pr.* Hoc modo autem valebit, ut diverſis caſibus confuſo damno & lucro, ex eo quod ſortem excedit & ſolum pro lucro habendum eſt, Titius duas partes habeat, vel ſi damnum acceptum ſit, non niſi tertiam ejus partem ſentiat: veluti in caſu propoſito, ubi ſexcenta ex decem equis confecta, & decem equi amiſſi ſunt, cum compenſato damno, nullum ſupra ſortem ſit lucrum, uterque ſalva ſua trecenta habeat. Quod ſi ex 10. equis 900. redacta ſint, ex trecentis quæ ſortem ſuperant. Titius 200. Mevius 100. conſequetur & ex adverſo ſi ex decem illis equis tantum 300. confecta, & ita trecenta amiſſa ſunt, Titio tantum 100 Mevio 100, imputabuntur, & hoc modo ille 200. hic 100. recipiet. Quod ead. proportione in ſpecie *d.§ in f Inſt.h.t.* obſervandum erit, ſi ut alter lucri partem ferret, de damno non teneretur,

fuerit conventum: ita videlicet, ut ſi in una ſpecie ſimul damnum & lucrum factum ſit, minime ad alterum ſolidum damnum, ad alterum pars lucri ſpectet: ſed ſi omni compenſatio & deducto lucro damnum tantum ſuperſit, id alter tantum ſentire teneatur: veluti ſi cum ſinguli 200. contuliſſent, omni deducto lucro 100. perierint, ea alteri tantum imputentur, alter ſortem ſuam & 200. integra habeat. Hæc ad explicationem loci obſcuri *in d. §. 2. Inſtit. h.t. & in l. 29. & 30. D. eod.* paulo prolixius annotare viſum fuit.

LIT. C. & D.

Quod hic proponitur, ſub th. XI. tradendum erat, ſub illa ſpecie diſſolutionis, quæ fit morte. Actio quidem pro ſocio in hæredes tranſit, hactenus, ſi quid à vivo præſtandum fuit, ſed non ipſa ſocietas, quæ mere & pure perſonas contrahentes adſtringit: cum etiam alias vulgatum ſit, quod propter diſcordiam præcipuè, quam parit communio, ipſi quoque ſocii, ut velint ſalvo eo quod cuique intereſt, ſocietati renuntiare poſſint, de quo *d. th. 11. lit. A.*

Et ergo ut hæredes ſocietatem continuare aut de novo contrahere cogantur, pacto effici non poteſt, nec etiam jurato, quod vis juramenti ad hæredes pertingere, & eos ad finitam morte ſocietatem redintegrandam adſtringere non poſſit. Alia ratio eſt, cur improbetur pactum de non dividendo, de quo *theſ. 11. lit. D.* de quo agit Gail. non bene hic allegatus *2. obſerv. 24. nu. 7. & Coſtalius in l. 14. h.t.* quoad illud quod de juſſu teſtatoris proponit Tr. magis diſſentit, quoniam juſſum parentis teſtatoris vult limitari *ex l. 14. in f.* niſi ſocius ſit injurioſus & rixoſus: *& Mozzius colum. 4. de natural. ſocietat. nu. 28.* pacto quidem jurato non poſſe obſtringi hæredes tradit, ſed juſſum patris de continuanda ſocietate etiam ſub pœna adjecta valere cenſet. Ego ita ſtatuo, recte facturum filium, ſi conſentiente ſuperſtite maneat in ſocietate, ſed præciſe cogi non poſſe: quod ſi enim pactum licet juratum non efficit quo minus ipſi jurati à ſocietate diſcedere poſſint, multo minus aut ex pacto ipſorum defunctorum aut juſſu obligabuntur hæredes. Quod ſi ſub pœna pecuniaria communionem ſanxerit teſtator, intereſſe dicam, an renuntiatio fiat ex juſta cauſa, & pœna non committetur *arg. d. l. 14. in f.* aut citra cauſam, & pœna committetur, ſed renuntiatio tamen valebit: quomodo alias ſemper renuntiare licet libere, ſed ut ſocio ad intereſſe teneatur *per d. l. 14. h.t.* Et hinc nec probo ſententiam *Ioann. Fabr. in §. ſolvitur. Inſt. h. t.* quod ex juramento ſociorum obligentur hæredes Jure Can. quoniam juramentum eſt mere perſonale: quin nec ipſos jurantes ad præciſam continuationem ſocietatis teneri exiſtimo, nec jure Can. quidem, licet ille qui ſine juſta cauſa renuntiat, pro perjuro ſit habendus. Neque erat cur tantopere miraretur Iohan. Fab. pacto hæredes obligari non poſſe, quia partim propter incommoda communionis, præcipuè vero propter præciſam perſonalitatem, quod ſinguli ſingulorum induſtriam requirunt, hoc eſt receptum, tum quod continuatus hic quidam contractus eſt, imo quaſi infiniti & novi ſingulis momentis propter fructus perceptos vel impenſas factas, damna vel lucra obvenientia, emergentes obligationes: quæ faciunt ne ipſi ſocii ulla pactione, quo minus à communione abire poſſint, ſibi valeant præjudicare.

THESIS X.

LIT. A.

Ait quod ſocius ſocio rationem quandocunque reddere teneatur. Id quidē repugnare videtur ei quod ſupra dixit *th. 8. lit. B.* ſocietati repugnare ſubductionem rationum. Verum ibid. falſum eſſe probavimus & poſſit ſententia Tr. hoc loco ita commode explicari, ut certus terminus hujus rei nullus ſit: verum Bal. quem pro ſe citat Tr. referente Mozz. *coll. 4. n. 29.* exiſtimavit ind. ſtincte quocunque tempore rationes peti poſſe. Quod mihi abſurdius paulo videtur. & magis probo ſententiam Mozz. quem male improbat Tr. qui diſtinguit inter petitionem de exhibendo libro rationum, & inter veram exactionem rationum cum repræſentatione pecuniæ & reliquorum. Quod quidem deſiderium ad ſocietatis diſſolutionem ſpectare videtur arg. *l. act. 65. in pr. h. t.* Sententia autem Bart. & Petri de Ubald. quos improbat Tr. ut qui pecuniam mercatori dedit ad lucrum & damnum, non in ſingulis annis rationes exigere poſſit, licet non ſatis probetur *ex l. neminem. C. de ſuſceptor. lib. 10.* attamen improbabilis non eſt, niſi ſpecialis cauſa maturandæ exactionis incurrat.

LIT. C.

Quod lit. B. additur de cautione damni infecti inter ſocios, remitto ad *part. 2. diſp. 18. th. 5.* propoſitionem autem hujus lit. C. quod ſinguli in ſolidum teneantur veram puto *ex l. 4. §. 1. de exercit. act.* quod perinde ſit atque ſi ſinguli eum præ-

Digitized by Google

præpoſuiſſent. Et mirari licet judicium *Gail.qui ex l.plane.24.h.t.* ubi periculum dicit eſſe comune,contrarium probari exiſtimat: quoniam qui in ſolidum exactus eſt, partem imputabit ſocietati,& inſtituta actione pro ſocio conſequetur, & ita periculum commune erit.

THESIS XI.

Ait ſocietatem finiri diſſenſu mutuo, idque ex perſonis rebus, &c. perinde atque hæc ſub diſſenſu mutuo continerentur. Quod contra eſt, & ea diſſenſui opponuntur. Sed & in diſtinctione ICti *l. 63.* non videtur ſatis accurata oppoſitio voluntaris & actionis,nec recte voluntas explicatur de renuntiatione, quia etiam mutua voluntas quædam eſt, quæ minus recte appelletur renuntiatio. Dicam diſſenſum ſive voluntatem eſſe vel mutuam, eamque declaratam vel verbis,vel factis juxta *l. 64. h. t.* vel alterutrius, quæ in ſpecie dicitur renuntiatio,& rurſus fit vel verbo,vel facto,inſtituta actione *l. 65. inpr.* Fit autem renuntiatio vel tempeſtive vel legitime, finita cauſa ſocietatis, aut propter Perſonam ſocii *l. 14.h.t.*& hic omnimodo valet: aut intempeſtive,& valet quidem,ſed actione pro ſocio ad intereſſe renuntians tenetur, qui ſenſus eſt *l. 14. h.t.* quoniam præciſe in ſocietate nemo manere cogitur. His modis addenda eſt mors ſive naturalis ſive civilis lit.B.& rerum in quibus ſocietas conſiſtebat interitus juxta lit. C. ubi vera eſt ſententia, ſolo lapſu facultatum non ſolvi ſocietatem,ſed poſtquam de totali lapſu publice conſtiterit,de cujuſmodi egeſtate recte accipitur *l. 4.inf.h.t.* Illud quoque lit. E. de proponenda denuntiatione recte ſe habet in terminis poſitis à Gomez.quo ad eas perſonas, quibus communiter cum ſociis contrahere jus & mos: cæteroquin ex ſocii contractu ſocius non obligatur: neque probanda diſtinctio Caſtrenſis, an ſocietas ſimpliciter, an ad certum tempus contracta ſit:quia creditores juſtiſſimam facti illius alieni ignorantiam prætendunt. Et hoc quidem ad omnes modos præcedentes, quibus ſocietas diſſolvitur,referendum eſt.

THESIS ultima.

LIT. B.

Generalu.] Non debet actio pro ſocio ſimpliciter generalis dici, cum etiam unius rei poſſit eſſe ſocietas *l. 5.inpr. h.t.* Et ſicut quod *in l. 38.* actio mandati ſpecialis dicitur non propterea nulla eſt generalis,ita quod pro ſocio generalis dicitur, inde nullam ſpecialem eſſe minime ſequitur,licet verum ſit in hac actione plerumque de pluribus capitibus tractari.

LIT. D.

c Quod hic proponitur, invertendum eſt,quod actio pro ſocio regulariter finita ſocietate detur, *ex l.tamdiu.* ubi id notant omnes *Codic.hoc tit.& l. actione.65.in princip.* ubi inſtitutio actionis dicitur eſſe argumentum renuntiationis, quo caſu eleganter Salicetus *in d.l.* tamdiu, intellectu finitam ait ſocietatem: & *gloſſ.in d.leg.65.§.penult.* verbo nonnunquam. Exceptionem recte tradit Salicetus, ſi non expediat ſolvere ſocietatem, nec ſocius lucra vel fructus in commune conferat, quorum communicatio hac actione petatur *argument.dict.leg.65.§. penultim.* Addendum & hoc ſi in Societate ſint res communes, citra quarum diviſionem abiri ſocietate non poſſit, nec ſocii inter ſe conveniant, iſto caſu cum communi dividendo agendum ſit, quoniam actio pro ſocio mere perſonalis hoc non recipit, ſoluta ſocietate actionem pro ſocio non eſſe, ſiquidem in judicio comm. divid. utpote mixto, ſicut fieri debet præſtationum perſonalium jam fuerit habita ratio. Illud enim huc pertinet, quod ab aliis aſſertur,actionem pro loco dari,ut res,de quibus convenit conferantur: quia hoc ad conſtituendam ſocietatem pertinet, ad quod tamen non præciſe,ſed ad intereſſe magis agi poteſt: & videtur hoc intelligere Treut. his verbis, *ut compleantur quæ in ſocietate debentur:* licet ea homonyma ſint,& à Treutl. ad caſum finitæ ſocietatis accommodentur: ut fortaſſis ſuſpicari liceat, errore typographi verba, *hoc illud,* locum inter ſe commutaſſe.

Ad
DISPUTATION. XXVIII.
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

THESIS I.

LIT. A.

HOc initio recte, quod contractū hunc unum eſſe dicit, ſed minus nus recte inde inferri dicit ad diſtinctionem emptionis& venditionis conſideratæ, correlative & rerum atque perſonarum. Quoniam hoc non tam ex hujus contractus unitate ſequitur,

quam.

Digitized by Google

quam ex ipſa natura contractuum omnium, qui non niſi inter perſonas duas ad minimum diverſas, & ſuper diverſis præſtationib. celebrari poſſunt. Sed & circa viciſſitudinarium uſum verborum *emere, vendere, emtor, venditor*, non rectè ſequitur Rob, qui putat eundem ratione pretii emptorem & ratione rei venditorem dici poſſe: quod quidem à veritate, verborum proprietate & uſu juris abhorret: & ſi quando hæc verba confuſa & unum pro alio poſitum reperitur, illud abuſive, imo per errorem & quaſi ab aliud agentib. ICtis aut Impp. factum exiſtimo. Neq; facit pro Roberto aut Treutl. *l. 19. d. act. empt.* cujus ea ſimplex & veriſſima eſt explicatio, non ut Cujac. putat, quod veteres locationis & venditionis itemque conductionis & emptionis verbis promiſcue fuerint uſi, non etiam ut Robertus, quod veteris locationis, conductionis, emptionis & venditionis verba confuſim & promiſcue uſurpaverint: ſed quod veteres contractum hunc non ſemper emptionem venditionem conjunctim appellaverint, ſed alterutro eorum verborum totum contractum intellexerint, quæ explicatio non diſplicet D*onell. 13. comm. 1.* ex quo facilius abuſio horum verborum, defendi poteſt, & ſimul actionis ex empto & vendito, arg. *l. un. C. ſi ſervus extero. l. 1. C. ſine cenſu vel reliquis & c. l. 16. de evict. l. 13. §. 25. d. act. empt.*

LIT B.

Ait in th. quod emptio venditio ad leges XII. tabb. relata omnem alienationem comprehendat, hac ſubjecta ratione, quod omnis mutatio & tranſlatio familiæ per emptionem, quæ tamen fere imaginaria tantum erat, fuerit celebrata. Ubi primo non rectè appellatione familiæ quaſvis etiam res ſingulares ſignificat. Secundo in venditione proprie dicta utique falſum eſt, quod tantum imaginarie nexus per æs & libram intervenerit. Tertio ex ratione juris antiqui diſtinguendum eſt inter res mancipi & nec mancipi, quæ citra nexum & mancipationem, per ceſſionem vel aliis modis & ſimplicem etiam traditionem ex juſta cauſſa transferebantur *Vlpian. in fragm. tit. 19. §. 6.* & uſu quodammodo in dominum quiritanium tranſibant, quod vel illo horatii confirmatur *ex lib. 2. epiſt. ad Iul. Flor.*

Si propriũ eſt quod quis libra mercatur & ære
Quædam ſi credis conſultis mancipat uſus.

Quarto etiam res mancipi citra nexum transferebantur, ſed ita ut dominum nudum pedes tradentem remaneret: quæ probantur *ex Vlp. tit. 20. & Caio lib. 1. Inſt. tit. 6. Revard. ad ll. XII. Tabb. c. 16 de mancip. Hott ad ll. XII. Tabb. p. 3. Marcell. ad ll. XII. Tabb. c. 14. & 15.* Quinto non ſequitur alienatio rerum ſit interveniente imaginaria venditione. Ergo ipſa emtio alienationem quamvis ſignificat: ſiquidem & in teſtamento ſolenni mancipatio & nexus intercedebat: adeoque accuratius loquendo dicendum eſſet, non quod alienatio quævis emptionis verbo ex l. XII. tabb. contineatur, ſed quod l. XII. tabb. omnes alienationes intervenientes ſpecie quadam venditionis voluerit celebrari: licet etiam non deſint, qui ſolennitates illas nexus & mancipationes non ex l. XII. tabb. eſſe, ſed à ICtis, qui etiam autores ſunt ſolennium legis actionum exiſtiment introductas. Cæterum quod ad confirmationem illorum, quæ de nexu & mancipio & imaginaria venditione dixerat, adducit, eoq; pertinere exiſtimat reſponſum ICti *l. 29. de ſtat. lib.* procul dubio errat: quoniam cur in ea ſpecie emptoris verbo contineatur etiam alius, ad quem ſervus ſtatu liber, cui teſtator ſub lege dandi aliquid libertatem reliquerat, pervenit, non hæc ratio eſt, quod imaginaria venditione alienatio perficeretur, ſed quia cum ſtatu liber, utpote interim ſervus vendi poſſit, *l. 25. d. ſtat. lib.* fraus voluntati defuncti fieri potuiſſet & libertati, niſi & ei in quem per donationem aut permutationẽ tranſlatus fuiſſet, dando liber fieri potuiſſet. Et l. XII. tabb. cujus mentio *in d. l. 29. d. ſtatu lib.* hanc ſententiam fuiſſe apparet, ut ſtatu liber emptori dando liber efficeretur, *ex tit. 2. Vlp. § 4. de ſta. lib.* ſub hac conditione, inquit, liber eſſe juſſus, ſi hæredi 10. dederit, etſi ab hærede abalienatus ſit, emptori 10. dando ad libertatem perveniet, idq; lex XII. tabb. jubet: cui addenda eſt *d. l. 25. de ſtat. lib.* ſtatu liberos, inquit Modeſt. l. XII. tabb. venundari poſſe putaverunt: ſcil. ut rectè Hottom. ad hoc caput l. XII. tabb. non expreſſe, ſed neceſſaria cõſequentia, & eo ipſo, dum dando pecuniã emptori conditioni ſatisfactum exiſtimaverunt. Poſita igitur l. XII. Tabb. ſententia, quod ſervus emptori dando liber fiat, quærebatur, quid juris, ſi ſervus donatus vel permutatus proponeretur: & ſcil. ratio facit, quæ eſt anima legis, ut etiam donatario ſervus dando liber fiat, quod aliàs, ut diximus, libertati fraus nullo negotio fieri poſſet: idq; eſt quod dicitur *in d. l. 29. d. ſtat. lib.* emptionis verbo omnem alienationem comprehendi, id eſt, quod de hoc capite ſuper emtione ſancitum eſt, in quibuſvis alienandi modis obti-

obtinere, etiam, ut diſputatur *in d.l. 29.* ſi cui per ſententiam hæreditas fuerit addicta. Illuſtratur hoc *ex l.8.§.11.quibus modis pign. ſolv.* ubi quod de venditione dictum eſt, ut ſi creditor in eam conſentiat, pignus remiſiſſe intelligatur, etiam locum habere in legato, &c. *ex l.23.§ 1. d. liber. cauſ.* quod de venditis ſervis dictum eſt, etiam ad donatos & in dotem datos pertinere : quod non venditio donationem dotis dationem, aut, quod abſurdum eſſet, legatum comprehendat, ſed quod de venditione lege vel edicto ſancita, ex identitate rationis & æquitate ad alias etiam alienationes porrecta fuerunt, perinde ac ſi nominatim de iis quoque edicto vel lege comprehenſum fuiſſet : ut proinde vitioſe Treutl dd. text. *in l.8 & 23.* ad confirmationem ſententiæ ſuæ adducat. Cæterum ex hac veriſſima explicatione ſequitur malè à Dd. quos refert & probat *Mozzius hic colu.1. num.* 30. regulam conſtitui affirmativam ex *d.l.29.* quod emptionis appellatione alii contractus contineantur: quoniam regula ſtatuenda eſt negativa non contineri, niſi mens loquentis ſive hominis ſive legis, militante ead. ratione aliud ſuadeat. Atquin cum Treutl. affirmativam ipſe regulam ponat, non animadverto, quæ ipſi cauſa fuerit improbandi Dd. Quod ſi enim ipſos emptionis verbo, quoſcunque contractus v. c. depoſiti vel commodati, contineri ſtatuere exiſtimat, perſpicue ipſis injuriam facit, quoniam ut cit. loc Mozz. tradit, non niſi de contractibus, quibus dominium transfertur, hoc affirmant. Et ſane accuratius dicitur, contractus hos, quam alienationem ſub verbo emtionis contineri, quoniam non emtio, ſed traditio ex cauſa emtionis aut venditionis, alienatio eſt, & emtio quidem cum contractu, traditio cum alienatione conferenda eſt.

LIT. D.

Quæ à permutatione originem ſumpſit.] Vel quia permutationis locum quaſi ſucceſſit emtio, vel quia vitium permutationis cauſam præbuit inventioni nummi & introductioni emtionis : quoniam non ſemper nec facile concurrebat cum tu haberes &c. ut eleganter tradit *Paul. in l. 1. de contrah emt.* & elegantiſſime *Ariſt. 5. Ethicor.* nummum appellat ſponſorem futuræ indigentiæ: quoniam venditor pro nummo, quem accipit, ſecutus fit, ſe viciſſim re qua indiget, quandocunque potiri poſſe.

Quod illa vetuſtior.] A tempore non poteſt deſumi eſſentialis differentiæ ratio. rectior eſt, altera *d.l.1.h.t.* quod in emtione pretium intervenit; & ex jure noſtro tertia, quod permutatio re contrahitur. *l.1.d.rer.permutat.*

Vnde conſtat.] Quod hic proponit, non ſatis video, quomodo ex ſecunda jam dicta differentia deducatur. Sed & quod ait, contractum hunc ſimpliciter & abſolute juris gentium eſſe, cautione & explicatione opus habet : quod non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri poſſunt. Sunt quædam ab ipſa ratione recta deducta, quoniam per diſcurſum & exigente neceſſitate inventa, & ut eleganter 1 *Polit. Ariſtot.* ait, quoddam jus gentiũ eſt καθ' ὁμολογίαν, id eſt, ex tacita quadam conventione & conſenſu omnium vel plerarumque gentium : ex quo numero ſunt iura contractuum & dominiorum *l. 5. de inſt. & iur.* Sed & amplius nec omnes contractus ſimul vel apud diverſas vel apud eaſdem gentes, nec eod. gradu perfectione aut forma recepti fuerunt. Quomodo permutatio prior fuit emptione, quæ ab initio apud Roman. qui uſi fuerunt ære gravi, pecuniam appendendo : unde ſolennitas libræ in nexu, poſt, eam numerando, perfecta & celebrata fuit. Quib. conſequens eſt etiam nummum ad jus gent. omnino referendum eſſe, & veriſſimum quod Tr. ait, ejus uſum civitate Romana fuiſſe antiquiorem : quod abſurdum ſit exiſtimare, Græcos, Aſſyrios, Pœnos, Iſraelitas, Ægyptios hoc contractu uſos non fuiſſe, & de Græcis argumentum fortiſſimum præbet, quod Plato, & præſertim *Ariſt. 1. polit. & 5. Eth.* multa diſputat de nummo, cui conſtat ignoram fuiſſe Remp. Romanor. qui tum temporis Olympia circiter 110 necdum vicinos ſibi populos Latinos & Samnitas plane imperio ſuo ſubjecerant. Idque adeo perſpicuum eſt, ut perſuadere mihi non poſſim aliquem interpretum hinc diſſentire, & putem falli Tr. qui multos diſſentire ait refutatos à Pinell. qui tamen *cit. loc. c. 1.* nullum hujus ſententiæ autorem nominatim laudat, & nominatim Treutl. injuriam facit *gloſſ. in eas. d. cap. minut.* quæ non pretium, ſed formulam actionis ex emto â jure civili eſſe affirmat. Attamen ad probandam iſtam opin. non ſatisfacere videtur locus ex Jeremia, qui vixit ſub Rege Joſia, cuius initium incidit circiter in an 18. Anci Marcii 4. Romanorum regis: quamvis hactenus faciat, quod Judæi à Romanis, quorum perangusti tum erant fines, hoc accipere non potuerunt. Illa fabella eſt, quam refert Pinellus ex Alberic. quod pater Abrahæ iuſſu Nini regis Aſſyrior. primus mone-

Digitized by Google

tam fecerit: quamvis non abhorreat temporis ratio, quod Euſebio teſte *lib.2. Chron.* Abrahamus natus fuerit anno 33. imperii Nini idem Pinell. *eod. loc. nu.* 30. ridicule ſe torquet in explicando, quinam ſint nummi Philippi vel Philippici *in l.27. §.ult. d. aur. & arg. legat.* quod vel pueri hodie ipſum docuerint.

LIT. E.

Contractum permutationis hic appellat contractum alienationis: non ſatis accurate: quoniam nullus contractus qua talis eſt modus adquirendi vel transferendi dominium, neq; hoc permutationem conſtituit conſideratam ut contractum, quod alter dominium rei conſequitur, ſed quod accipiens, ad dandum, de quo convenit, vel ad intereſſe obligatur, quam obligationem dans ſibi acquirit. Eadem ratio mutui eſt, quod eo reſpectu contractus dicitur, quatenus dans alium ad tantundem reſtituendum obligat: quod eodem modo proportionaliter cæteris contractibus, qui re ineuntur, accommodandum eſt. Neque moror *l. fin. C. d. pact. int. empt. & Iuſtin.* aliàs parum accuratus harum rerum obſervator ipſam rei traditionem, & differentiam permutationis ab emtione reſpexit.

Eaq; de cauſa favorabilior.] Non video rationem connexi: emtio perficitur conſenſu, permutatio re: ergo illa eſt favorabilior: & dixerit quis potius favorabilius eſſe, ut actio detur ubi res jam tradita, & contractus ab una parte impletus eſt, quam ubi res conſiſtit in nudis terminis conſenſus: de quo etiam infra *diſp.30. th.5. lit. A.* ubi quæritur, an in dubio emtio an permutatio videri debeat contracta.

Eatenus.] Ait eatenus emtionem dici conſenſu perfici, quod conſenſus ille utrinque & rem & pretium complectatur. Sed nec hæc ratio vera videtur, quoniam in omnibus contractibus oportet conſenſu aliquod objectum comprehendi: neque ſequitur, quod ſi conſenſus complectitur ea, quæ ad conventionem pertinent, propterea ſolo conſenſu perficiatur contractus, ſed, quæ perſpicua & vulgata ratio eſt, ut contractus conſenſu perfici dicatur, neceſſum eſt, ut ſolus conſenſus ad actionem producendam efficax ſit: cæteroquin etiam in pacto permutationis conſenſus rem utrinque dandam complectitur.

THESIS II.

LIT. A.

Dubito an ſatis accurate dicatur, de tribus iſtis eſſentialibus conſenſu re & pretio: quia non æqualiter hæc ad conſtituendum hunc contractũ concurrunt, conſenſus præſens eſt, rei & pretii dato confertur in futurum, & omnino contractus ipſe à re quæ in eum deducitur, diverſus eſt, neque opinor recte quis dixerit, facta & res ſuper quibus ſtipulatio interponitur *§. pen. Inſt. d. V. O.* eſſe eſſentialia ſtipulationis. Simplicius igitur forte quis dixerit, contractum conſtitui ſolo conſenſu, ſed hunc conſenſum verſari circa duo, rem & pretium.

LIT. B.

Quod hic traditur, pro emtione habendum eſſe, ſi quis dicenti, volo tibi hanc rem vendere pro centum, reſpondeat, ſe tanti emere velle, defenditur propter maximam affinitatem pactorum nudorum cum contractibus iſtis, qui conſenſu conſtare dicuntur; neque tanti momenti habendum eſt, an quis dicat vendo, an volo vendere: itaque fortius dixero, etiamſi interveniant hæc verba, vendam, emam, ſi modo de re & pretio conſtet & conveniat, eſſe emtionem: licet aliàs ex circumſtantiis aliud aliquando ſtatuendum eſſe, non negaverim. Plane in ſpecie à Tr. propoſita verbum, *volo,* etiam præſentis temporis rationem habere poteſt.

LIT. C.

Nobilis nec hic ſatis expedita licet in praxi deciſa movetur quæſtio, an venditor, qui poteſtatem tradendi habet, præciſe tradere teneatur. Videamus paulo latius, quid pro utraque ſententia dici poſſit. Affirmantem ſententiam ſequuntur *Br. Salicet. in l.4. C. de act. emt.* & vulgo Dd. & poſt eos *Cujac. ad Paul. 1. ſentent. 13. Anto. Fab. 6. conject. 17. & de error. pragmat. decad. 22. err. 4. Bocerus el. 1. diſput. 2. th. 8. & 9. Treutl hic.* Negantem præter allegatos à Tr. tuentur *Donell. in l. 72. de V. O. Duar. de in lit. iur. num. 22.* & retractata priori ſententia *Anton. Fabr. decad 85. err. 4.* eamque olim fuiſſe Bulgari Iohannis, Azonis & Hugolini ſententiam refert *Salicetus in l.4. C. d. act. emt in pr.* Pro affirmante affertur 1. æquitas rei, cui minime conveniat frangere fidem. 2. natura correlativorum quod emtor præciſe pretium ſolvere teneatur. Tertio Paul. 1. ſentent. 13. quod venditor cogatur tradere vel mancipare. 4. *l. 68. de rei vindic.* quod manu militari res contumaci auferri poſſit. 5. *§. 2. inſt. de donat.* ubi donatio & venditio pariter neceſſitatem traditionis habe-

Digitized by Google

habere dicuntur, vix autem dubitatur, quin donator præciſe tradere teneatur. 6. textus quibus traditur, quod venditor teneatur, ipſumque oporteat rem præſtare, & vacuam poſſeſſionem tradere *leg. 11. & §. 2. & l. 10. §. 1. de act. empt. l. 68. in f. de contrah. empt. §. 1. Inſt. eod.* ubi additur verbum *omnimodo*. 7. *l. 6. Cod. de reſcind. vend.* ubi negatur reſcindi contractus, etiamſi venditor offerat duplum, quam quantitatem non excedit ad intereſſe *arg. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt*. 8. quod aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt. 9. quod cum periculum rei ſit emtoris, de quo poſtea abſurdum ſit, cum rem ſi velit, conſequi non poſſe. 10. adducitur jus feudale, ex quo dominus præciſe feudum tradere tenetur. Denique plurimum facere videtur, quod quæ res in judicium deducitur, ſuper qua formula datur & litis fit conteſtatio, ſuper ea etiam recte ſententia ferri, & in eam omnino condemnari poſſe, reus videtur, neque dubium eſt, quin in actionem ex emto ipſa res recte deducatur. His argumentis ita reſponderi ſolet aut poteſt: & ad primum, convenire bonæ fidei, ut res tradatur, ſed id propterea neceſſitatis præciſe eſſe, minime conſequi: nam & ita mandatarius intempeſtive, ſi modo intereſſe præſtet, jure renunciat, ſicut & in omnibus facti obligationibus ultra intereſſe debitor non tenetur: perſpicuo argumento eſt, quod venditor etiam perfecto contractu, alteri rem tradendo, cum dominum facit *l. quoties. Cod. de rei vindication.* & maxime fidem rumpat, & crimen falſi incurrat *l. 21. ad L. Cornel. de falſ.* ideo coercetur venditor, ut omne quod intereſt, præſtare teneatur. In ſecundo arg. vitioſa comparatio eſt venditoris cum emtore, cujus diverſæ ſunt præſtationes *l. 1. d. perm.* & ea eſt natura pretii & pecuniæ numeratæ, ut dominium ejus omnino trāſferendum ſit, cum neque aliud habeat, quod in locum ejus ſuccedat. Porro ſententiæ Pauli, ex quibus tertio loco textus afferebatur, illuſtrant, ſed non probant, & ipſa res loquitur, & Cujacius cum aliis hoc notat, ſicut Caji & Ulpiani fragmenta, ita ſententias Pauli variis in locis & variæ præſertim ab Aniano, qui ſub rege Gothorum breviter eas interpretatus eſt, fuiſſe interpolatas: ſed nec neceſſum eſt, ut locus ille Pauli de præciſa neceſſitate explicetur. Quarta ratio deſumta ex *l. 6. 8. d. rei vind.* removeri ſolet per diſtinctionem inter actiones reales & perſonales, item eas quib' dominus ipſe vel alius contra dominum experitur, & inter eas obligationes, ex quibus omnino dominium transferendum, & ex quibus ſatis eſt præſtare habere licere. Ex quo etiam ſolvitur ratio quinta *ex §. 2. Inſtit. d. donat. per l. 9. §. ult. de donat. & leg. 25. §. h. t.* ut proinde *in d. §. 2.* comparetur venditio cum donatione, quoad neceſſitatem præſtationis & ius agendi, non autem quoad præſtationis identitatem: quod nihil aliud eo loco ſignificat Iuſtinian. niſi quod ſicut ex venditione, quæ nudo conſenſu perficitur, actio eſt, ita quoque ex conventione nuda de donando, efficacem eſſe actionem, cum olim ſtipulatione eſſet opus. In ſexto argumēto phraſis illa, *oportere rem tradere*, non recte accipitur & explicatur: neque enim ea inferunt præciſam neceſſitatem, ſed docent ad quid emtor agere poſſit & debeat, & ex natura obligationis venditor teneatur, qui dubio procul contra bonam fidem facit, ſi rem non tradiderit: ad quod ſi non teneretur, nec ejus nomine ad intereſſe conveniri poſſet, eademque ſententia eſt Iuſtin. *in §. 1. hoc tit.* cujus ibi tantum propoſitum eſt oſtendere, quod perfecta ſit venditio. & alibi quoque ibi loquuntur ICti, ut dicant aliquem debere aut oportere facere, ut ea tamen non ſtatim ſubjaceant præciſæ neceſſitati, quæ exempla cumulat *Vand. 1. quaſt. 9.* & poſſunt ea verba eo quoque referri, ut ſignificent, quod obligatio venditoris ejus generis ſit, ut res præſtetur, non ut dominium transferatur. *argum. l. 30. §. 1. de action. emt.* ubi hæc inter ſe opponuntur. Porrò quæ ſeptimo loco adducitur *l. 6. Cod. d. reſcind. vend.* recte de eo caſu accipitur, quo res amplius integra non eſt, ubi videlicet vel res à venditore tradita, vel pretium ejuſve pars ab emtore ſoluta, & à venditore accepta fuit: magnus autem effectus eſt ſoluti pretij ut apparet *ex l. 72. d. rei vendic. l. 14. de publ. act. l. 1. §. 2. de except. rei vendit. l. 12. §. ultim. in f. & leg. 25. §. 1. de uſufruct.* Ad octavum argumēt. reſponſio facilis eſt, quod intereſſe ipſum quoque deberi intelligatur, & utique in locum rei ipſius ſuccedat, jure ita conſtituto, ut hoc modo contumacia etiam rei coerceatur. In nono conſequentia laborat, quoniam præſumtio eſt pro venditore cum rem traditurum, quam cōpetente ſtatim actione cum non petat emptor, hoc ipſo eſt in mora, eoq; periculum ad ipſum ſpectat, quod ex adverſo non tradente venditore ſtatim ceſſat, & ſatis conſultum eſt emtori, cui in omnem evētum pecunia ſalva ad intereſſe

Digitized by Google

actio conceditur *l. 1. in princip. d. actio. empt.* conſtat utique, quod venditor rem alteri tradendo efficere poſſit, ne rem ipſam emtor conſequi queat. Decimo loco à jure feudali, ſiquidem ex eo ſatis liquido quod proponitur, probari poteſt, non ſequitur conſequentia ad jus civile, & conditores juris feudalis, hac in re communem opinionem Dd. ſequuti videri poſſunt. Ultima ratio majoris momenti eſſe videtur, ꝙ condemnatio ej ꝙ in actionē deductū eſt, debeat reſpōdere vel quia cōformis libello ferenda ſententia eſt, vel quia judex formulā præſcriptā excedere nequit, uti que autem, cum perfecta venditione rei periculum ad emtorem ſpectet, ipſam quoq; in actionem recte deduci conſequitur: & omnino firmatur hæc ratio *ex l. ult. C. de fideicommiſſ. libertat.* ubi Juſtinian. miratur judicem, qui reo ſervum petitum tradere nolente in æſtimationem condemnavit, adeo quidem, ut ejuſmodi judicem ſtultum appellet. Sed tamen videamus: ne fortaſſis iſta conſequentia ſolida non ſit, nec ſatis concludens quæ à formula petitur ratio, quæ ſcilicet, ſicut aliàs, ita in actione emti, non hæc fuit, ſi apparet, venditorem debere, ad ipſam rem tradendam condemna, ſed ſimpliciter, ſi apparet eum debere, condemna. Et utcunque in actione depoſiti commodati, &c. ipſa res petatur, tamen propter contumaciam rei actore in litem jurāte in aliud fit condemnatio, quod & in terminis noſtris traditur *in l. 20. infr. pr. quib. mod. pign. ſolv.* neque ſolvit nodum, ſi hæc volente actore fieri dicas quoniam ſi propter formulæ conditionem neceſſum eſſe præciſe condēnationem petitioni reſpōdere, nec voluntate quidem actoris diverſum obtineri poſſit. Accedit huc *l. 91. § ult. ad V. O.* quæ docet hominem, qui poſt mortem periit, ipſum petendum eſſe licet hic non niſi in æſtimationem reus condemnari poſſit. Porrò Juſtin. *in l. ult. C. de fideicommiſſ. libert.* tractat caſum ſpecialem ſervi legati ſub hoc modo, ut eum legatarius manumittat: quo ſi hærede eum præſtare recuſante condemnatio fieret ad æſtimationem, libertas interverteretur: neq; novum eſt rationes generaliter cōceptas ad caſus ſuos reſtringi: cæteroquin ego mirarer Juſtin. exclamātem, ꝙ judex in ipſam rem petitam præciſe condēnare teneatur: niſi quis exiſtimet, de eo caſu loqui Juſtin. ubi eum fortaſſis reus rem daturus omnino eſſet, judex tamen ſuper æſtimatione fert ſententiam. Sed Ant. Fab. ut rationem & textum iſtū evitent de cad. 85. cap. 7. affirmat (ita ſe habēt verba ipſius) nunquam rem ipſam quæ dari debuit in actionem & judicium deduci, ſed ſemper ejus æſtimationem, & aliud deduci in actionem, quam quod fuit in obligatione: idque fieri ait poteſtate litis conteſtationis, per quam nova obligatio, diverſam à præcedente habens naturam, induceatur, adeo quidem ut res ipſa debita amplius ſolvi non poſſit. Quæ ibidem latius propoſita non tantum *d. l. ult. C. de fideicommiſſ. libert.* ſed omnino & rationi & juri contraria, abſurda inepta, & manifeſto falſa ſunt: neque dubium, quin res in obligationem deducta, in quo ut paulo poſt dicemus diverſa ratio factorum eſt, ipſa peti poſſit & debeat *l. 91. § ult. de V. O. l. 10. in pr. quibus mod. pign. ſolv.* cum alijs innumeris, idque ipſa ratio & natura actionum, ſive in rem, ſive in perſonam, velut ex ſtipulatu, commodato, depoſito, oſtendit, neque prætor ſuper alia re, quam quæ petita eſt, actionem concedere poteſt: neque illud dubium, quin reus rem petitam poſt litem conteſtatam offerens, debeat abſolvi *arg. §. ult. Inſtitut. d. perpet. action.* cum etiam multa intervenire poſſint, quæ reum judicium ſuſcipientem, à dolo & culpa excuſent. Litis autem conteſtationi, ejuſmodi effectum commentitium, contra ipſius rei naturam & ipſam rationem tribuere, ridiculum eſt: neque vera per eam contrahitur novatio, niſi quatenus ſecutura condemnatio, & nova enaſcens judicati actio conſideratur, de quo agitur infra p. 2. diſpu. 29. th. 5. idq; ipſum multis verbis contendit ipſe Faber *in leg. 7. §. ſi procurator. 9. de dol. mal.* rurſus autem diverſus 16. *conject.* 14. ſicut ille ſolet, quicquid in buccam venit, & ſcopo ſuo deſervit, temere effutire, & lectori incauto, cujus patientia miſere abutitur, obtrudere. Verum ut ad quæſtionem noſtram revertamur, ſolent iſta ad rationes affirmantis ſententiæ reſponderi. Sed ne quid diſſimulem non ſatisfacit mihi, quod ad quartam & quintam proponitur de diverſitate actionum realium & perſonalium, earum quibus dominus vel non dominus agit, & denique earum obligationum, ex quibus dominium transfertur, & ex quibus ſufficit præſtare habere licere Nam præterquam quod dici poſſit, plus videri rationis, ut ille præciſè cogatur, qui ultro ad id ſe obligavit, quam poſſeſſor bonæfidei à domino conventus: nulla etiam ſi bene advertas ſolida ratio dari poteſt, ob quam reus potius, ubi actor domi-

nus

Digitized by Google

nus eſt, præciſè tradere teneatur; quoniam diverſitas juris in actore, ad præſtationem illam variandam ſolide concludere non poteſt; ſed aliam diverſitatem operatur, quod ubi de æſtimanda re quæritur, altero caſu ſimplex, altero iuramento actoris taxata præſtanda venit, quod dominus invitus rem ſuam vendere cogatur. Ampliùs eadem ratione, quod ex obligatione dominium transferendum eſt, præciſam tradendi neceſſitatem inferre non poſſis: quoniam reſpicit tantum præſtationis qualitatem, ita ut aliter obligationi non ſatisfiat a reo: alioquin ſatis eſt, hanc eſſe naturam obligationis venditi, ut ex ea conditio uſucapiendi transferatur: nec proinde ulla dari poteſt ſolida differentiæ ratio, cur v. c. donatar potius quam venditor præciſè dare vel tradere teneatur, cum potius magis hoc exigi debeat à venditore quam à donatario, cui ſatis geri videtur, ſi æſtimationem acciPiat: & omnino utrobique traditio eadem eſt, ſed diverſus ejus effectus.

Et hactenus de ſententia affirmante: non pauciora pro negante afferri poſſunt, & 1. quod dicitur *in leg* 1. *in pr.* & *in leg.* 11. §. *d. action. empt.* ſi res non tradatur, ad id quod intereſt agi, & reum condemnari. 2. adducitur *l.* 12 *d. action. empt.* ubi jactu retis vendito incertum ejus vel piſces æſtimantur. 3. *l.* 4. *C d. action. empt.* ubi ſit condemnatio ad intereſſe propter venditoris procaciam, quæ nihil aliud eſt, quam contumacia. 4. quod in obligationibus facti qualis iſta eſſe videtur *arg. l.* 25. §. 1. *h. tit.* intereſſe præſtando reus liberatur *l.* 13. *inf. d. re iudic.* quod nec depoſitarius aut commodatarius præciſè ad ipſam rem reſtituendam teneri videantur, quoniam contra eos juratur in litem. 6. ita colligi poteſt: ſi ex pacto de retrovendendo promiſſor non tenetur præciſè revendere, ergo neque ex venditione tenebitur: ratio conſequentiæ ſumitur à paritate rationis, & aſſumtionem late probat *Ant. Fab. de eod.* 22. *error.* 4. facit textus *in l.* 10. *in f. pr. quib. mod. ping. ſolv.* in qua ſpecie facultatem tradendi habuiſſe venditorem, argum. eſt, quod jus pignoris in re vendita creditori ſalvum manere dicitur.

Denique *in l.* 17. *C. d fid. inſtrum.* ubi non obſcure electio & arbitrium, ut vel rem vel intereſſe præſtet, venditori conceditur. Videamus quid ad iſta dici ſoleat & poſſit.

Ad 1. conjungendam utramq; *L. in l.* 1. dicitur agi ad intereſſe. *in l.* 11 cōdemnari ad intereſſe ut pinde vero ſimile ſit in ea ſpecie *d l.* 11. ad intereſſe actū fuiſſe: ſed & ſæpe cōtingere poteſt, ut venditor intereſſe malit, & ita ultro condemnationem iſtam admittat: & denique poſſunt illa loca ad caſum, quo tradendi facultatem venditor non habet, referri.

Secunda ratio facile expeditur, quoniam affectio ad rem, à qua dependet cauſa præciſè illius neceſſitatis, in ſpecie *dicta legis duodecim.* ceſſat. ubi lucrum ſolum non corpora piſcium ſpectavit emptor: illud enim frivolum eſt, quod ab aliquibus, de piſcibus ad cœnam aliquam opiparam neceſſarijs in medium adfertur. Ad *l.* 4. *C. d. act. empt.* reſpondent vulgò Dd. quod ibi venditor non habuerit tradendi facultatem, niſi forte, quia iſtam reſponſionem reſpuit verbum, *procacia*, (quamvis & hæc procacia ſit rem venditam alteri tradere, & ita facultate juxta priorem conventionem rem tradendi ſe privare) ab aliis rectius dicitur, ibi emptorem ultro ad intereſſe egiſſe: eamque principalem illius L. eſſe quæſtionem, emtore ad intereſſe agente, quomodo condemnatio & qualiter fieri debet, an intereſſe ab actore per juramentum in litem, an à judice æſtimandum ſit; idque eſt, quod ait *Anton. Fab.* 6. *coniect.* 16. *decidi in d. l.* 4. quod in actione exempto non juretur in litem, de quo actum eſt *ſupra diſputatione* 21. Ad quartum argumentum vulgata reſponſio eſt, & diſtinctio inter factum nudum & merum, quod citra operam hominis & membrorum applicationem perfici non poteſt, ad quam ſpeciem facti pertinet. *leg.* 13. *inf. d. re iud.* & interfactum, ut ita loquar, prægnans, quod reſpicit rem, veluti traditio ex cauſa venditionis, quæ ab ea quæ fit ex cauſa donationis, parum aut nihil differre videtur, cum venditio quoqve ſit titulus habilis transferendi dominij. & aliquando nec ex cauſa donationis tranſeat dominium. *arg. t.* 1. *pro don.* Ergo obligatio venditi cum alijs obligationis faciendi minime eſt comparanda, niſi forte hactenus, quod utrobique præſtatur id, quod intereſt non autem ſicut ex cauſa donationis, æſtimatio, quoniam hæc ipſa eſt in obligatione emptoris: cæterum quæ in vno conveniunt, non ob id in omnibus convenire, neceſſe eſt. Sed inſtari poteſt ex *l.* 72. *in pr.* & *ex l* 75. §. 7. *de V. O.* ubi fundum tradere, cum alijs iiſque puris factis conjungitur

tur. Duplicitet huic inſtantiæ occurri poteſt: 1. quod in iſtis rextribus de hoc principaliter tractetur, quæ ſtipulatio dividua aut individua ſit: & hactenus recte facta illa comparantur, quod ipſa per ſe non recipiunt diviſionem, ſed ratione ſubrogati, ejus quod intereſt, recipiunt: licet enim venditorem præcisè teneri ſtatuamus, aliquando tamen de præſtando eo quod intereſt, quæri poſſe, conſtat, & aliàs à comparatione ſecundum quid, non poteſt inferri ſimilitudo abſoluta. Deinde dici poteſt, quod in hac obligatione, fundum tradi, duo poſſint conſiderari, fundus ipſe, quem haud dubie principaliter habere intendit emtor, parum ſolicitus de modo: & ipſum factum tradendi, quoniam ex ejuſmodi cauſis, quibus neque dominium neque jus uſucapiendi transfertur, fundus tradi poteſt, veluti precario rogans vel commodatatius, rem ſibi tradi, etiam à quovis poſſeſſore ſtipulari poſſunt. Enimvero, ut paulò ante dictum, ubi cauſa ad transferendum dominium habilis eſt, eadem plane eſt traditio, ſive ex vendito ſive ex donato ſiat, & ea utique directa transferendum dominium: quo pertinet quod non ineleganter ſcribit Faius in ſupplemento ad Couan. *l.7.c.ultim.* dationem quæ ad factum ſit ordinata magis pro facta eſſe habendam: ut ſi quis procuratori in rem ſuam det ſervum, ut eum manumittat: & ex adverſo factum quod ordinatur ad dominij translationem, magis pro datione habendum eſſe: & proinde æqualiter ex cauſa donationis, venditionis, permutationis, dotis, fundus recte tradi dicitur, neceſſaria conſequentia, fundum tradere non ſemper nec ubique pro nudo facto haberi poſſe: neque magis hoc facti eſſe poteſt, quam reſtituere, & tamen ex cauſa depoſiti, commodati, rei vindicationis, præcisè rem præſtandam & reſtituendam eſſe, omnes concedunt. Et hinc facile removetur, quod *ex d. l.75. §.7.d. V.O.* probari poteſt, obligationem fundi tradendi eſſe rei incertæ, debitor autem incerti ad certum quid præſtandum cogi non poteſt: etenim poſteriori ſenſu, dum nudum tradendi factum conſideratur, obligatio illa incerti eſſe dicitur. Neque diſtinctioni huic factorum obſtat *l. 68. d. V. O.* quia licet pecuniam credere non ſit merum factum, alia tamen ratio eſt corporis, & alia quantitatis, in quam non cadit affectio, neque quicquam aliud quam lucrum ſtipulator ſpectaſſe, dici poteſt, ut proinde ei præſtatione ejus quod intereſt, abunde ſatisfiat. Nihil plane huc pertinet *l.97.§.V.O.* quoniam verba, *quod mea intereſt*, aliam ibi & ab hac diſputatione plane alienam habent ſignificationem. Confirmatur autem dicta diſtinctio eleganti & inſigni differentia, quod facta nuda tantum ſunt in præſtatione, ita ut poſt moram in locum obligationis prioris, in quam facta iſta deducta ſunt, per ſpeciem quãdam novationis, ſuccedat obligatio ad id, quod intereſt, cuius præſtandi neceſſitatem non niſi uſque ad litem conteſtatam evitare poteſt debitor, quoniam non ad ipſum factum, ſed ad intereſſe propter novationem jam dictam agendum eſt, Idque confirmatur ex diſputatione ICtorum, qua controvertitur, an ut ex ſtipulatione facti agi poſſit, ſufficiat mora, an oporteat tantum temporis præteriiſſe, intra quod illud fieri potuerit: quod ſi enim ad ipſum factum rectè ageretur, nihil prohiberet, quo minus ſtatim promiſſor conveniretur, de quo ſuo loco pluribus agemus. Alia planè ratio eſt eorum factorum, quæ in rei præſtatione conſiſtunt, ubi etiam poſt moram ad ipſam rem præſtandam agi rectè poteſt: etenim ſententiam *Anton. Fab. decad. 85. capite ſeptimo*, quod ex nulla obligatione res ipſa debita rectè in judicium deducatur, omnino falſam eſſe, ſupra probavimus. Neque minus falſum eſt, quod idem *Ant. Fab. decad. 85. c. 4.* nullam inter duplex iſtud factorum genus differentiam eſſe contendit, cujus ibi rationes fere dupondio fuerint indignæ. Ille nimirum, ut probet, traditionem ex cauſa emptionis eſſe puri & ſimplicis facti, hoc adducit, quod cum ex cauſa iſta debeat trãsferri dominium, manus militaris, vel executio judicis, non poſſit hoc operari, neque emptor fieri dominus niſi ipſe venditor rem tradat. Verum cum creditore non domino vel executore ex cauſa judicati diſtrahente & tradente, itemque prætore ex ſecundo decreto in poſſeſſionem mittente, dominium tranſeat, utique etiam in hoc caſu, prætore rem venditori auferente & in emtorem transferente, recte dominium tranſibit. Et quod à prætore dominium transferri non poſſe, traditur, pertinet ad dominium quiritarium, non bonitarium, arg. *l.1.de bonor.poſſeſſ. l.15.§.16.& §.poſteaquam.23.d.dam.infect.l.7.§.9. comm.divid.* cum præſertim hic cauſa juſta emti præcedens faciliorem faciat dominii translationem; & alias etiam veluti in judicijs mixtis ſen-

tentia

Digitized by Google

tentia juſtum tribuit titulum poſſidendi: §. *ult. I. de off. iud.* Adeoque inepta eſt ratio differentiæ ab Anton. Fab. tradita inter hunc noſtrum caſum, & eum qui traditur *in l.* 68. *de rei vind.* quod, ut ipſe ait, cum actor dominus ſit, ſufficiat quocunque modo apprehendi & nanciſci poſſeſſionem: etenim etiam ubi juſta dominij acquirendi præceſſit cauſa, itidem ex ea poſſeſſionem adipiſci ſufficit. & poſt *l un. C. d. nud. iur. Quir. toll.* diſtinctio illa dominij nulla eſt. Et ipſe ſe A. Fabr. gladio ſuo jugulat, dum ait, non poſſe transferri dominium autoritate prætoris, niſi traditio vel aliquid hujus loco interveniat: ſiquidem judicialis translatio ſatis idonea eſt, quæ traditionis vice fungatur: ſed piget in iſtis ineptijs confutandis perdere chartam. Et hæc ad quartum argumentum, de obligationum faciendi natura. Ad quintum dici poteſt, ob contumaciam jurati in litem, ſi hoc actor malit, quod ſi rem ipſam præciſè haberi velit, eam conſequi poſſe. In ſexto negari poteſt aſſumtio, & contra Ant. Fab. defendi, ex pacto de revendendo præciſè obligari emptorem, vel etiam conſequentia, quod licet pactum illud parum diſtet à venditione, tamen quia in futurum conceptum eſt, vera venditio haberi non poteſt: facit quod tantum eſt in poteſtate primi venditoris, agere ad reſolvendum contractum, non etiam emtoris, ad pretium reſtituta re repetendum. Ad *l.* 10. *quib. mod. pign. ſolv* repeti poteſt jam ſæpe dictũ, quod ibi emtor ultro ad intereſſe egerit: aut ſi hoc contextus pati non videatur, (quod ibi venditioni creditor conſenſiſſe proponitur, & ex eventu lis & modo condemnationis pendere dicitur, an jus pignoris creditori maneat ſalvũ, de quo non dubitaretur, ſi ipſa actio ad intereſſe fuiſſet inſtituta) tentari poteſt, etiam ubi ab initio res petita fuit, poſſe condemnationem fieri ad id quod intereſt, ſi res fortè perierit, vel tergiverſante venditore, hoc actor maluerit, cum etiam talis alternatio tacite actioni ex emto eſſe videatur, velut in actione ex delicto ſervi, ubi poſt litem conteſtatam licet variare *l.* 4. §. *ultim. de noxal. act.* ſed & tentari poſſit, ubi ad intereſſe actum eſt, nihilominus venditorem re oblata abſolvendum eſſe, quod ex ipſa natura obligationis res præſtanda petenda ſit, quod in factis meris aliter obtinere ſupra dictum eſt. Denique ad ultimum argumentum *ex l. C. de fi. inſtrum.* vulgo reſpondetur alternative teneri venditorẽ, non ut ipſe voluerit, ſed prout emtor elegerit, iiſq; verbis deſignari jus emtoris, quid morante venditore petere poſſit. Et hæc quidem ita in utrãq; partem diſputari ſolẽt & poſſent: ſed ego in negantem partem, quod venditor præciſè tradere non teneatur, proclivior ſum, quod textibus pro ea citatis ſatis reſponſum mihi non videatur: & ut à poſteriori incipiam, explicatio *dict. l.* 17. *C. de fid. inſtrum.* mihi non probatur: vel quod ibi nullum verbum de mora venditoris, citra quam non niſi ad ipſam rem ab emptore agi poteſt: vel quia verba alternativa referuntur ad venditorem, eumque adeo faciunt debitorem alternativum, qui ad alterutrum præciſè teneri non poteſt. Neque ſatisfacit reſponſio *ad leg. primam.* 11. *de action. empt. & ad l.* 10. *quib. mod. pign. ſolu.* quoniam ſingularum obligationum propria eſt natura, ſecundum quam inſtituenda eſt actio, neque adeo ex ratione juris noſtri exiſtimo in emtoris, ad quid ageret, aut in ejus poſt inſtitutam actionem & rem petitam, ad quid condemnari vellet venditorem voluntate aut facultate poſitum fuiſſe: adeoque cum obligationis naturam & officium judicis, non dirigat voluntas actoris, & ubi res in iudicium deducta fuit, ad intereſſe tamen judicem condemnaſſe textus juris probent, probabile mihi fit, juxta naturam actionis ita omnino reum condemnãdum eſſe. Ex quo etiam infirmatur reſponſio Fabri *ad d. l.* 4. *C. de action. empt.* in qua comminiſcitur ultro ad intereſſe actum fuiſſe, & de hoc quæri, an Judex an actor deb. at æſtimare; neque enim dubito, Imperatores ibi conſultos fuiſſe ad quid vẽditor procax teneatur, quod quidem procaciæ verbum arguit, emptorem non niſi ad intereſſe agere potuiſſe. Sed & argumento quod pro pacto de revendendo deſumptum fuit, non omnino ſatisfactum videtur. Etenim ſi ſimpliciter factum vendendi conſideretur, nec pacto adjecto ſtatim, nec ſtipulatione ad hoc præciſè quem reſtringi poſſe, exiſtimo cæterum ubi res ipſa & pretium expreſſum, de utroque conventum, & executio tantum aliquatenus dilata, vix ab emptione differre videri poteſt, quod utroque caſu actio & quidem ex vendito nata ſit *l.* 2. *C. de pact. inter empt.* Etſi igitur qui promiſit retrovendere re & pretio definito, præciſè tradere non tenetur, nec videtur teneri quivis ſimplex venditor: neque differentiam inducit, quod ſupra de tempore futuro afferebatur: quoniam hoc conventionis & actionis naturam non variat, & neutro caſu actio contra tertium poſſeſſorem

Digitized by Google

rem emptori aut paciſcenti datur: ſicut utroque caſu & ſimplex etiam venditor prævertere, & alteri tradendo eum dominum efficere poteſt *l. 15. C. de rei vind.* Illud quoque argum. de depoſito & commodato quod ad præciſam reſtitutionem agi non poſſit, ita conſtringi fortius poteſt. Contra quem juratur in litem is præcisè ad rem præſtandam non cogitur: atquin contra depoſitarium, &c. juratur in litem: Ergo, &c. Major ita probatur. Quicunque cogitur rem vendere, ille præcisè ut ea ſibi præſtetur, agere non poteſt: atquin qui jurat in litem, cogitur vendere: Ergo, &c. Aſſumptio rurſus probatur. Quicunque ſponte & volens vidit, illi non permittitur æſtimare rem in infinitum, ita ut illud ipſum pretium conſequatur: atquin juranti in litem permittitur æſtimatio rei in infinitum: Ergo non volens vendit & hoc vulgò tradi ſolet, hanc eſſe cauſam introducti juramenti in litem & permiſſæ liberæ æſtimationis, quod actor invitus re ſua carere cogatur. Hic adduci poſſunt duæ adhuc rationes 1. quod cum omnium conſenſu præſtando intereſſe liberetur venditor, ſi facultatem reddendi etiam ſua culpa re in alium translata, amiſerit, juxta *l. quoties 15. C. d. rei vind.* difficile eſt illud neceſſitatis facere, quod quis arbitrio ſuo evitare & effugere poteſt: cum præſertim ex ratione juris digeſtorum etiam poſt litem conteſtatam facultas ſit alienandi *l. 18. & 20. inf. d. rei vind.* Etenim, ſi ex natura obligationis præcisè teneretur rem tradere venditor, non fuiſſet hoc permittendum, ut iterum vendendo & tradendo alium dominum facere poſſit, ſed poſterior contractus pro nullo habendus fuiſſet: ex quo eiuſmodi conficitur argumentum. Quod præcisè in obligat. non eſt, nec videtur eſſe præcisé in actione aut condemnatione: atquin ex ratione jam dicta, ut res tradatur, præcisè in obligatione non eſt, ergo, &c. illud enim meo quidem judicio parum ſubtiliter diceretur, emtorem prævertendo, præciſam illam neceſſitatem inducere poſſe. Deinde ex ratione juris noſtri ſententia ita ferenda eſt, ut ad eum modum, quo lata eſt, præcisè executioni mandari poſſit, quod ſecundum eam formula, & porro ex cauſa judicati condemnatio fiat: atquin venditor etiā poſt ſententiam rē venditam, v. c. mobilē, perdere & corrumpere poſſit, & ita efficere, ne ſententia formaliter executioni mandetur, adeoque talem ſententiam à judice ferendam non eſſe conſequitur. Nec quicquam eſt, quod huic opinioni magnopere obſtet, præter unicum illud, quod ratio differentiæ ſolida dari non poteſt, quare minus venditor, quam donator vel promiſſor, ad præciſam traditionem perurgeri poſſit. Et ideo cum fortiter urgeāt rationes ſententiæ negantis, nec differentię rationem inter cauſas jam dictas, veram & ſolidam ullam, videam, eo fere delabor, ut etiam ex jam dictis cauſis, donatione, ſtipulatione, imo etiam inſtituta à domino rei vindicatione, ad dandum vel reſtituendum rem præciſe teneri non exiſtimem: quod etiam his caſibus tum aliæ rationes ſupra propoſitæ, tum præcipue illa de juramento in litem, locum ſibi vindicent. Et nimirum leges Romanæ neminem ita præciſe teneri voluerunt, ſed contra reos moroſos vel contumaces aliis remediis, & pro quantitate cauſarum diverſis, ſuccurrerunt: & ſcilicet ubi de facto puto agitur, ex mora tacita quaſi novatione introducta actionem ad iurere ſe ſubſtinuerunt: ubi vero res præſtanda venit, ſiquidem reus adhuc dominus eſſet, æſtimationem ſimplicem à judice fieri & præſtari voluerunt: quod ſi actor dominus eſſet, ipſi, quod invitus rem quaſi vendere cogeretur per iuramentum in litem etiam in infinitum rem æſtimare permiſerunt. Neque alia ratio eſt, quamobrem in actionibus quæ arbitrariæ dicuntur, ſententiam definitivam iudicis aliquod iuſſum præcedat: ut videlicet reo non parente iuſta cauſa ſit contra eum iurandi in litem, vel, ut in actione, quod metus cauſa, eum in quadruplum condemnandi. Duo autem fere poſteriori huic opinioni obſtare videntur 1. textus *in leg. 68. de rei vind.* ubi manu militari poſſeſſio auferenda dicitur. 2. *textus in l. 25. § 1 ...* *& in l. ubi autem. 75. §. ult. de V. O.* ubi dicitur ex cauſa ſtipulationis, omnimodo dominium transferendum eſſe. At prius Anton. Fab. reſpondet 16. *conject.* 17: quod ille locus ſit corruptus à Tribon. vel ille ad extraordinarium procedendi modum referendus eſt, ita ut ſi res agatur coram magiſtratu, aliquando ex cauſa res præſertim immobilis reo auferri & in actorē transferri poſſit: & eam ordinariam viam non fuiſſe argumento eſt, quod iure veteri iudicia coram iudicibus pedaneis agitabantur: etenim licet executio ſententiæ à iudicibus pedaneis dictæ fieret à prætore *l. 15. in princ. d. re iud.* id tamen ad hanc rem nihil facit: quia in rei vindicatione, utpote actione arbitraria iuſſum iudicis pedanei de reſtituēdo, & ante ſententiā definitivā, in q̄ adeo

aliud

Digitized by Google

aliud à juſſione illa deductum fuiſſe, non modo probabiliter, ſed neceſſario infertur: & omnino ratio exequẽdi ſententiam manu militari, quæ etiã non niſi impropriè prætori Romano tribui poteſt, à ratione juris noſtri omnino abhorrere mihi uidetur. Ad poſterius reſponſio facilior eſt, illis verbis nõ præciſam neceſſitatem dandi deſignari, ſed obligationis qualitatem, quod oppoſitio *d. l. 25. h. tit.* oſtendit. Nimirum obligationi ſuæ ſatisfacit venditor, ſi præſtet habere licere, & de evictione caveat, utcunque rem dominij jure non transferat: non autem ſatisfacit hoc modo obligationi ſuę promiſſor, ſed neceſſe habet, ſiquidem rem tradat, ita tradere, ut dominus ſtipulator efficiatur: ita ut ſi appareat, rem eſſe alienam, licet nullo controverſia movente, ſtipulatori, tanquam nihil præſtitum fuerit, integra ex ſtipulatu actio ſuperſit. Et tandem igitur, ut concludamus, experiamur, annon hoc paradoxon adſtruere poſſimus. Neque ad faciendum, neque ad certum corpus aut ſpeciem tradendam præſtandam vel reſtituendam quenquam ex ulla cauſa præciſe cogi poſſe. Iſta cum ante plures annos commentatus eſſem, deprehendi poſtea, hanc ipſam opinionem ab Ant. Fabr. in poſtrema parte chiladis emiſſa anno 1615 *decad* 85 *cap.* 6 probari. Vide etiam de hac controverſia Iaſonem *in §. actionum. I. d. act. nu.* 46. *& ſeqq.*

Lit. D.

Naturaliter ſe decipere. Vera eſt vulgo jactata explicatio, quod alter poſſit majoris vendere, alter minoris emere, quam revera res eſt: idque tanto facilius admittendum, quod rerum certa æſtimatio & conſtans non eſt, ſed varie diverſis temporibus locisque & ex affectione quoque cujusque variæ æſtimationis habetur. Interim l. civilis non ſuadet hoc, ſed quod conſcientijs hominum imperare non poteſt, permittit: ut fruſtra hoc ab Ant. Matth inter errores jur. civ. referatur.

Lit. E.

Ait in theſ. generatim verum eſſe, quod ille primo debeat implere contractum qui primo agit. In quib. revera nulla connexio eſt, neque exceptio eſt de regula præmiſſa: quoniam ubi contractus nullus eſt, nulla quoq; actio, nec ſive prior ſive poſterior impletio locum habet: cæteroquin ead. ratione omnes illi caſus quib. emtio ipſo jure nulla eſt, ſubjici potuiſſent. Sed nimirum Tr. captavit occaſiõem ſubjiciendæ vulgatæ controverſiæ, quæ eſt lit. F. & id tamen parum ad leges methodi, quod illa quæſtio ſub materia de dolo malo proponi, vel utique ad contraria emptionis referri debuiſſet; & tanto magis id ab hoc loco eſt alienum, quod quæſtio revocatur ad theſin, & de effectu doli ſive incidentis ſive cauſam dantis tum in bonæ fidei tum in ſtricti juris contractibus in genere diſputatur. Quod autem in exegeſi ait, ad fundandam actionem omnimodo eſſe ab emtore offerendum prætium, etiam ſi venditor non petat, falſum cum Dd. quos refert & ſequitur Iaſon. eſſe exiſtimo, quippe quod hæc eſt præſtatio emptoris, quæ ſequitur contractum perfectum, neque impedit nativitatem & inſtitutionem actionis, & recte etiam poſtquam implevit venditor à ſua parte fieri poteſt. Quòd adeo verum puto, quod vix probem, quod Iaſ. cum Dd. pro limitatione quadam tradit, poſſe & forte debere judicem, ſi prætium nondum ſolutum animaduertat, emtori imponere, ut ſolvat. Nec obſtat *l. 13. § 8. d. act. emt.* cujus nullus alius ſenſus eſt, quam emptorem non ſoluti pretij exceptione poſſe à venditore repelli: quod docent verba ſeqq. *in d §. 8.* poſſe venditorem rei ceu pignori incumbere, dũ pretium ſolvatur. Eodemque modo venditor agens exceptione rei non traditæ repelli poteſt.

Lit. F.

Probat hic comm. Dd. ſententiam, *quod dolus dans cauſam contractui*, faciat eum ipſo jure nullum, quam etiam ſequitur *Cuiacius in l. 7. d. dol. & in l. 36. d. V. O. & 8. obſervat* 10. *Hottom. in l. 116. de regul. iuris.* pro qua pugnat 1. *l. ſeptima. in princip. d. dol.* 2. *l 16. § 1. de minoribus.* 3. *l. 3. in f. pro ſocio.* 4. quod ubi dolus cauſam dedit bonæ fidei contractui nulla videatur ſupereſſe actio per *l. 3. C. de reſcind. vend.* ubi dicitur ex empto agi non poſſe, quia huic judicio exceptio doli inſit, quam quidam omnibus bonæ fidei judicijs ineſſe probatur *ex dict. l. 3. & ex l 84. § 5. de leg.* 1. Porro ſententia contraria, quod etiam dolus cauſam dans contractibus bonæ fidei, eos non faciat ipſo jure nullos præter citatos à Tr. probatur etiam à *Forcat. dialog* 99. eaque fuit olim *opinio Petri*, ut refert *Salicetus in l. 5. C. de reſc. vend.* qui utuntur his rationibus 1. quod reſcindi dicitur contractus *l. 5. D. d reſc. vend* 2. quod *ex l. 12. § 1. iur. dot.* ſubſiſtere videtur contractus dotis, etiamſi mulier in hoc circumventa ſit, ut daret dotem. 3. affert Robert. *l. 13. § 5. & § 17. d. act. empt.* quibus caſibus putat dolum cauſam dediſſe emtioni, 4. facit hæc ratio,

Digitized by Google

quod ſequuta traditione licet dolus cauſam dederit, dominium transferri videtur arg. *l.dol.C. de reſcin.vend.* nulla autem cauſa & nullus contractus non poſſunt præbere titulum traditioni ex *l.31.d.acqu.rer.dom.* & illud quod de translatione dominij in hoc caſu doli cauſā dantis diximus, probatur ex *l.7.in pr.de dol.* ubi manumiſſio ſervi in ea ſpecie valet, quæ nulla eſſet, ſi dominium in emptorem non tranſiviſſet. 5. ubi eſt cōſenſus, non poteſt cōtractus eſſe ipſo jure nullus: dolus autem non excludit conſenſum, vel quia principium agendi internum manet, vel quia cōſenſum nō excludit metus: q͛ probatur ex edicto prætoris, quo metu facta reſcinduntur, neq; ſuccurrit prætor aut ſuccurrere neceſſe habet iis, qui ipſo jure tuti ſunt *le.16.§.1.d.min.itemq; ex l.21.§. penult.quod metus cauſ.* ubi coact⁹ adire ſit hæres. idq; confirmant rationes Ethicæ, quibus *Ariſt 3. Eth.c.1.* actiones metu extortas pro voluntariis habendas eſſe oſtēdit 1. quod an aliquid voluntariū an involuntarium ſit, ex ipſo tempore, quo geritur, ſit ſtatuendum: atquin illo tempore quo metus infertur, illud quod eligitur, cum ratione majoris mali quod evitatur, boni habeat rationem, ea conſideratione fit objectum voluntaris. 2. quoniam ut Thomas *d.c.1.* loquitur, principium movendi partes agentes, ſeu applicandi membra corporis ad agendum, in ipſo eſt agente. 3. quod actiones, quas laus vel vituperium ſequitur, ſint voluntariæ; laudari autē eum ait Ariſtot. qui aliquid mali ſuffert, vel ut minus bonum conſequatur, vel ne quid turpe faciat, & econtra vituperari, qui metu inductus turpe aliquid admittit: licet ibidēm graviori violentia compulſos veniam mereri dicat. Et proinde licet actiones ejuſmodi mixtas appellet Ariſtot. magis tamen voluntariis accenſendas eſſe docet: & & recte ad illum locum Burlæus notat non dici operationes illas mixtas ſecundum realem commixtionem, quaſi ex voluntario & involuntario compoſitas, ſed ſecundum prædicationem denominativam extrinſecam. Et ſecundum hæc textus juris, quibus metus conſenſui contrarius eſſe dicitur, accipiendi ſunt, non quod plane excludat cōſenſum, ſed quod liberum conſenſum, aut quod excludat, ſi tempus illud, quo agit metu coactus, conferatur cum tempore & ſtatu, in quo libertati ſuæ relictus eſt. Neque obſtat *l.21. §.3.* quod metus cauſa, quoniam cum favore dotis contra ejus promiſſionem non detur reſtitutio., & tamen metu coactum ad ſolvendum teneri iniquum ſit, ita jus ſtatuendum fuit, ut promiſſio dotis metu extorta pro nulla haberetur: quod etiam de matrimonio & aliis quibuſdam actib. communiter tradunt Dd. & textus ille loquitur de ſtipulatione, quam alias metu extortam ipſo jure ſubſiſtere, vix quiſquam dubitat. *§. 1.l.de except.l.penultim.C.de inut.ſtip.* Quod ſi igitur metus & vis quaſi voluntari illata, non facit contractum nullum, nec dolus faciet. Poſtremo hoc argumento utitur Weſembec. quod contrahentibus invicem ſe decipere liceat. Sed videamus quid ad utriuſque opinionis argumēta reſpondeatur. Et ad *l.7.in pr.d.dol.* reſpondet Weſembec. ſpeciale eſſe in contractu minoris initio contra legem Lætoriam. Forcat. ideo contractum nullum eſſe putat, quod & ſervi & emptoris dolus concurrat. Alius fortaſſe dixerit cōtractum dici nullum ratione effectus, quod exceptio elidat actionem: ſicut ex adverſo aliquādo reſcindi dicitur, quod ipſo jure nullum eſt. Poſſit & dici ideo nullam ibi haberi venditionē, quia contra manumiſſionem, quæ ibi facta proponitur, non datur reſtitutio, adeoque ſi minori plene conſultum & ſervum ipſi reſtitui volumus, contractus pro nullo habendus eſt. Porro ex *l.16. §.1.d.minor.* non ſatis probari videtur omnimoda contractus nullitas: & poteſt quis ipſo jure tutus dici etiam per exceptionem: nec aliud ſibi traditur, quam ex ſpeciali capite de minoribus non eſſe neceſſe petere reſtitutionem, ſed minorem hac in re uti majorum jure, qui communi exceptione doli, ſicut & metus, defenduntur. Atquin *in l.3.* pro ſocio alio ſenſu dicitur dolo malo inita ſocietas, videlicet quæ decipiendi alios gratia contracta eſt, atque ita utrinque dolus eſt, neque aliud erit ſi quiſq; ſocii fraudandi habuerit propoſitum: *argum. l. domum. 57. in f. hoc tit.* Ad argumentum quartum ex *l 3. d.reſcind.vend.* dici poteſt homonymiam eſſe in phraſi, qua exceptiones doli dicuntur ineſſe bonæ fidei judiciis, neque hoc tantum ea ſignificari, quod nulla competat actio, ſed etiam quod exceptionum formulæ licet non inſertarum, judex ex officio habeat rationem: quod cum etiam extra caſum nullitatis contractus obtineat *l.38 & ult. de petit. hæredit. l.48. d. rei vindicat.* conſequenter ex illo ineſſe, ad nullitatem contractus inferri non poteſt: cum etiam potius, quod exceptiones ineſſe dicuntur, validitas contractus arguatur, cum exceptio præſupponat actionem. Ideoque *dict.leg.3.de reſcind.vendition.* accipienda eſt ra-

tione

Digitized by Google

tione effectus : quod præſertim veroſimile ſit actiones maxime bonæ fidei , ubi de dolo conſtabat, à prætore fuiſſe denegatas: quod etiam aliis quibuſdam caſibus exceptionum privilegiatarum obtinuit *argument. leg. 9. in princip. d. jur. jur.* Et hæc ipſa videtur fuiſſe ratio , ob quam etiam poſtea apud judicem pedaneum proponi potuerant, quod ſi antea prætori expoſitæ fuiſſent , propter eas fere etiam actionem denegaturus fuiſſet: neque tantum exceptio doli ſpecialis , ſed etiam generalis cum exceptione pacti & aliis concurrens , bonæ fidei judiciis ineſt, *argument. d. leg. 38. d. petit. hared. & leg. 48. de rei vindication.* & propterea conventionem ipſo jure nullam non eſſe , probat ipſa *l. 84. §. 5. d. legat. 1.* in cujus ſpecie actio inſtituta fuiſſe proponitur. Secundum quæ ſequitur falſum eſſe, quod Cujacius pro certiſſima juris regula tradit in *leg. 36. d. V. O.* contractus bonæ fidei, quibus dolus vel metus cauſam dedit , eſſe ipſo jure nullos. Jam diſputandi cauſa videamus quid pro ſententia communi ad argumenta Robert. & aliorum reſponderi poſſit. Ad *leg. 5. Codic. de reſcindend. vendition.* reſpondet Cujac. reſcindi venditionem, nihil aliud eſſe , quam data & tradita revocari, quod & notat Accurſ. eatenus reſcindi venditionem, quatenus de facto proceſſit, ſi nempe traditio ſequuta ſit , ut res retro detur, quod probat *Anton. Fabr. in l. 7. d. dol in pr.* qui etiam ibidem ſæpius notat magnum eſſe effectum traditionis , eaque quodammodo nullitatem venditionis purgari : & hoc modo dicitur revocari libertas data in fraudem creditorum. *leg. 1. Cod. qui manumitt non poſſ.* quæ tamen nulliter datur in *princip. Inſtitut. quibus ex cauſ. manumitt.* & ita dicitur deſinere, quod nunquam cœpit *leg §. primo , uſufruct. quemadmodum caveat.* Porro *in lege 12. §. 1. de jur. dot.* cum mulier procul dubio nuptias contrahere voluerit, dotis dationi dolus cauſam non præbuit: quod & reſpondendum eſt ad *leg. 13. §. 5. & 27. de action. empt.* quoniam licet *in §. quinto* præceſſerit dolus , cum tamen in ſola ſubtractione rerum hæreditariarum verſatus fuerit, à contractu ſeparatus fuit, neque eum affecit, eive cauſam præbuit , & quod in §. 27. dicitur , procuratore concludente venditio facta, quod dolus cauſam dederit, non arguit neceſſario. Difficilius eſt , quod juxta ſupra dicta etiamſi dolus cauſam dederit contractui , dominium tranſit , quod ex contractu nullo fieri non poſſe, ratio juris noſtri videtur evincere ; niſi dicas quod traditio , quæ ex cauſa & contractu per ſe juſto proceſſit, iſtum operetur effectum , ut ipſum dominium videatur eſſe tranſlatum juncta opinione tradentis , qui contractum valere putavit: & hunc effectum traditionis à Domino ex titulo per ſe & in genere conſiderato , factæ, & cui privata aliqua ratio obſit , etiam agnoſcit *Anton. Fabr. in dict. leg. 7. in princip. & tradit Jaſon. in leg. 26. de Verborum Obligationibus.* quod ex injuſta cauſa , velut promiſſione turpi, concurrente voluntate tradentis , quæ præcipue conſideranda ſit, dominium transferatur. Argumentum ductum à comparatione doli & metus ita non incommode expediri poſſe videtur , ſi dicamus deceptum , utpote errantem nullo modo conſentire videri, *argument. leg. 15. de juriſdictione.* coactus autem libere quidem non vult , vere tamen vult, minus illud quod elegit malum , juxta ea, quæ ſupra ex Ariſtotele dicta fuerunt. Denique ratio Weſembecii , quod liceat contrahentibus ſe decipere, omnino vitioſa eſt : quoniam illud minime pertinet ad dolum ex propoſito & contractui cauſam dantem , juxta notata ad litteram D. neque illud quod de facultate circumveniendi ſe invicem dicitur , quibuſvis bonæ fidei contractibus accommodari poteſt. Videri poſſit diſtinguendum , non inter contractus ſtricti juris & bonæ fidei , ſed inter horum ſpecies, an conſenſu vel re perficiantur : ut ſcilicet illi tantum , non etiam hi ob dolum cauſam dantem annullentur ; non omnino obſcura ratione , quod cum magnus effectus ſit traditionis , per quam hi contractus perficiuntur : vix propter dolum nulli videri poſſunt; quoniam ſi ſtipulationem nuda verba, præter quæ nihil in ea eſt , niſi conſenſus , ſuſtinent , quoniam propter dolum ipſo jure nulla videatur , eadem ratione commodatum vel pignus propter interventum rei poterit ſuſtineri : quandoquidem etiam hæc videtur eſſe ratio , cur mutuum ipſo jure ſubſiſtat , & poſſit aliquis exiſtimare, qualitatem illam bonæ fidei & ſtricti juris ad iſtum effectum inducendum , non ſatis idoneam videri , cum bona fides , quæ dolo opponitur , in omnibus contractibus deſideretur . Et indicium pro hac ſententia præbet , quod textus omnes , qui pro opinione communi adducuntur , de contractibus conſenſu conſtantibus agunt , velut *lege 16. paragrapho 1. d. minor. & l. 7. d.*

Digitized by Google

dol.mal. & leg. 3.pro ſocio. ex quibus vel præcipue *dict.leg.7* iſtam ſententiam confirmat, neque argumento ex ea deducto ſupra adductis reſponſionibus ſatisfieri hæc illius loci reſolutio oſtendit. Proponitur initio, quod actio doli non detur, ubi alia ratione res ſalva eſſe poteſt. Cui propoſitioni objicitur ſententia Juliani, ſecundum quam actio doli, quam conceſſit Julianus, ubi minor dolo ſervi circumſcriptus vendidit, concurrat cum actione ex vendito. Reſpondet Ulpianus, ſententiam iſtam Juliani non eſſe generaliter accipiendam, ſed ad duos caſus reſtringendam. 1. ſi emptor careat dolo, ut ex empto teneri non poſſit. 2. Si emptio ſit ipſo jure nulla: quibus caſibus docet, neceſſariam eſſe doli actionem in manum ſuum, quæ ceſſet, ſi actione civili emptor idemque ſervi manumiſſor poſſit conveniri. Statim in verſ. *& quod minor* alii tacitæ objectioni occurrit Ulpianus, deſumptæ ex *leg.1.§.6.d.dol.mal.* quod actio doli ceſſet, ubi reſtitutioni in integrum locus eſt, quæ locum in caſu propoſito, quippe minore læſo habere videbatur. Reſpondet autem Ulpian. reſtitutionem ceſſare, quod ſervus proponitur jam conſequutus libertatem, adverſus quam reſtitutio non detur. Hinc refutatur reſponſio poſterior, quoniam ex fine principaii apparet, quod ſervus maneat in libertate. Nulla etiam eſt Weſembecii reſponſio, quoniam ſive dolus ſit incidens ſive cauſam dans, imo etiam in priori caſu, *dict leg.7.* ubi actus valet, contractus contra L.Lætoriam dicendus eſt. Minoris momenti eſt Forcat. reſponſio, quoniam in priori, ſi emptor ſimul in dolo fuerit, ex empto actio eſſe dicitur, & ſi aliàs dolus cauſam dans non facit contractum nullum, neque faciet, ſi in emptore & ſervo concurrat. Et omnino apparet ab Ulpiano ſpeciale quid ſtatui, ſi in hoc ipſo ut venderet minor fuerit circumſcriptus: ut proinde etiam quod de nullitate ratione effectus, afferebatur, nullius ſit momenti. Veniebat in mentem hæc conjectura, quod dolus non videatur excludere poſſe omnem omnino conſenſum, ſed tamen quodam reſpectu ſecundum rationem juris noſtri contractus bonæ fidei, quibus dolus cauſam dedit, nullos videri poſſe, quod ex iis actio à prætore non detur. Nimirum cum his actionibus inſeratur clauſula ex bona fide ei præſertim effectui & fini, ut quantum alterum alteri ex æquo & bono præſtare oportet, tanti fiat condemnatio, ubi dolus cauſam dedit contractui, formulæ illi actionis & condemnationi locus eſſe non videtur, ut proinde prætore protinus actionem denegante, perinde videatur, ac ſi ab initio nulla actio nata nihilque inter partes actum fuiſſet. Et hinc explicari poteſt locus ſupra adductus idemque difficilis *in leg.3 de reſcind. vend.* ubi ICtus ait, ex empto agi non poſſe, quia exceptiones inſint bonæ fidei judiciis: cum alias agi non poſſe, & exceptionem eſſe contraria videantur. Scilicet eo ſenſu exceptiones ibi ineſſe dicemus, quod naturam & formulam actionis quaſi deſtruant, neque cum ea ſe compatiantur, & ne à prætore actio concedatur, efficiant. Juxta quæ quadamtenus ſalvari poſſit aſſertio Cujacii *in leg.36.d.V.O.* ubi hanc ait, eſſe certiſſimam regulam juris, quod contractus bonæ fidei, quibus cauſam dedit dolus vel metus, in quo eadem ratio eſſe videtur, ſint ipſo jure nulli. Neque obſtat, quod ex hac ſententia ſequi videatur, quod etiam ex cauſa incidentis doli, contractus poſſit dici nullus: quia alia ratio eſt, ubi contractui ex ſe legitimo & firmo accedit tantum in aliqua parte dolus: ſed iſtud in medium relinquo.

LIT. A.

Quæſtionem de dolo incidenti ejuſque effectu alieno loco proponit Treutl. & in eo peccat, quod contractus ſtricti juris bonæ fidei contractibus in caſu illo ſic opponit, perinde ac ſi in his exceptioni doli nunquam eſſet locus. Quod tamen verum non eſt: quod licet dolus purgetur per actionem, ubi ipſe deceptus agit, attamen ubi contra eum agitur, opus erit exceptione. Neque exiſtimo Treutler. eo reſpexiſſe, quod in ſtricti juris judiciis exceptiones quæcunque formulæ adjiciendæ erant: vel quia hæc opponit, exceptionem competere, & actione ex contractu purgari: vel quia exceptiones ideo eſſe non deſinunt, quod earum etiam poſtea objectarum judex pedaneus habebat rationem, quod iſta proponendi ratio & forma naturam non mutet, neque dubito frequenter etiam apud prætorem exceptiones has propoſitas, & ſi altioris indaginis eſſent, formulæ inſertas, & ad cognitionem judicis pedanei fuiſſe remiſſas. Sed nec illud ibidem generaliter affirmandum erat, quod contractu ſtricti juris perfecti detur actio doli: quia cum hanc alia actio excludat, vix eſt ut perfecto contractu, nunquam alia ſuperſit actio. Illud quidem verum eſt, facilius ſupereſſe actionem in bonæ fidei contractibus, his præſertim, in quibus

bus conſenſu nudo conſtantibus perfectio differt ab impletione: quod tamen cum in cæteris ſecus ſit, vix videtur univerſalis inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris hac in re conſtitui poſſe differentia, & proinde aliquo caſu ubi emtio venditio perfecta & impleta fuit, actionem doli neceſſariam fore. Adeoque in utraque parte laborat aſſertio Tr. dum & exceptionem & actionem doli ad contractus bonæ fidei reſtringit: ſicut & fallacia homonymiæ committitur in verbis *perfecto contractu*: quod cum ſtipulatio nudis verbis perficiatur, dubio tamen procul eſt, eum qui deceptus promiſit, ante traditionem ſi conveniatur, actione doli non uti, ſed exceptione defendi.

THESIS III.

LIT. A. & B.

Hic Treutl ſolennem ſibi errorem errat, tractando ea, quæ ad locum communem de obligationibus pertinent. Sed & confuſe de perſonis tractat, cum præſertim pleræque perſonæ nō ſimpliciter, ſed ob officiū & qualitatem aliquam, nec niſi cum certis perſonis contrahere prohibeantur: veluti 1. tutor cum pupillo *l. 34. §. ult. hoc tit.* niſi contutor adſit vel palam, & bona fide contrahatur *l. 5 §. 2. & 4. d. author. tut. l. 3. C. h. tit.* item inter patrem & filium *leg. 2. hoc tit.* videlicet extra caſus ab ipſo Tr. exceptos: vel quia præter ea nulla bona habet, vel propter jus poteſtatis propter quod in hac materia filius, & pater pro eadem perſona habentur, & omnes res obligationeſque filio acquiſitæ ad patrem recurrunt: ut proinde non recte dici videatur, patrem & filium *L* contrahere prohiberi. In univerſum autem & hoc addendum, quod utique naturalis obligatio inter patrem & filium oriatur, arg. ejus, quod de domino & ſervo reſponſum eſt *in leg. 41. d. pecul. & in § 1. Inſtit. de fidejuſſ.* De magiſtratu & ſubdito textus ſunt *in leg. non licet. 46. & leg. qui officii 62. in pr. h. tit. leg. aufertur 46. §. 2. d. jur. fiſci. l. un. §. 2. C. d contract. jud. l. pen. C. Theodoſ. de iis quæ adminiſt &c.* Inter quos adeo nulla eſt emptio, ut nec accedente licet poſt depoſitam adminiſtrationem conſenſu venditoris, cōfirmetur, nec lapſu etiam quinquennii *d. l. un. §. 2.* qui videtur derogare *l. quicunque. Cod. Theod. tit.* Quomodo autem talis contractus vel magiſtratus coerceatur, non ſatis liquidum videtur: & conſtat venditionem irritam fieri, & rem etiam non ſoluto pretio per venditorem repeti poſſe *leg pen. C. de his quæ vi met. l. 2. C. Th. de iis quæ adminiſtr*, cum quo non videtur convenire, quod probatur *ex leg. quadrag. ſ. ſext. §. 2. d jur. fiſc. & l. 1 Cod. Th. d. t.* fiſci hoc lucro cedere; quin & quadrupli pœna proponitur *in dict. leg. 46. hoc. ti.* Diſtingui poſſit, an venditor intra legitima tempora juxta *l. 5. & 6. Codic. Th. dict. titul.* de ex torta ſibi re fuerit conqueſtus, an vero hoc facere omiſerit: quo caſu res ablata emptori fiſco vindicabitur *Cujac. 16 obſerv 13.* quod idem eſt, ſi quis ultro venditionem habuerit ratam. Pæna quadrupli *in leg 46. h. tit.* eſt ex conſtitutione Severi & Antonini, qui magiſtratum ad inſtar eius qui metum intulit, voluerunt coerceri. *argum. l. penult. C. de his quæ vi. & Nov. Leonis* 84. Alii *dict. leg.* 46. de illo accipiunt qui per ſuppoſitam perſonam emit, quod ipſo jubente diſtrahitur *Donell, 12. comm 23. Pacius in leg. 3. de rebus creditis, numero* 21, Sed obſtat, quod in ea lege dicitur, *neque per ſe, &c.* magnæ autem fuerit impudentiæ, aliquem emere, quod ipſe vendi curat Accurſ *dict. leg.* 46. explicat de tutoribus & curatoribus, quē ſequi videtur *Conan. 7. comment cap. 7. numer. 2.* ubi ait, tunc ex officio dici quid emi, cum quæſtor ex fiſci pecunia, quam adminiſtrat, ſibi aliquid emit, vel etiam ſua pecunia emit res, quibus vendendis aut adminiſtrandis eſt præpoſitus. Illud porro apud Treutlerum dubium, quod hæc ad magiſtratum temporarium reſtringit, ſiquidem in perpetuo idem eſt error poteſtatis, de quo *in l penultim. Cod. de his quæ vi.* & ut *Salicetus* loquitur *in leg. 34. de rebus creditis.* impreſſio terroris maxime cum textus *in dict. leg. 46. & 62. hoc titul.* indiſtincte loquantur, & majus quoque præjudicium in hoc contractu, quam in mutuo verſari videatur; quibus adde notata ſupra ad *diſputat. 20. th. 4. lit. B.* & de medico & ægroto notata ad *diſputation. 6. de pact. th. 7. l. 1. C.*

LIT. C. & D.

Invitus tamen nemo.] Hoc quidem nullam cum præced. habet connexionem, & particula, *tamen*, omnino otioſe & ſine ſenſu poſita eſt: ſed & quod de invito proponit, non tam ſub caput de perſonis, quam potius de conſenſu referendum erat, qui in contractibus liber requiritur. Quod autem dicitur, certis caſibus aliquem vendere cogi, non de præciſa neceſſitate, ſed ita accipiendum eſt, quod quis poſſit juberi vendere ſub comminatione mulctæ vel etiam ſi contumax eſſe pergat, authoritate magiſtratus res ablata diſtrahi poſſit. Illud autem, quod juſto pretio res vendi debeat,

ambiguum eſt: quoniam aliquando definitio pretij relinquitur arbitrio libero venditoris, & id pretium iuſtum eſt, de quo inter partes convenit: aliquando non permittitur, velut ex cauſa neceſſitatis publicæ: & hic magiſtratus ſi pretium moderatum præfiniat, hoc omnino iuſtum dicendum eſt, cum iniuſtum potius habendum ſit, quod venditor per ſpeciem quandam monopolii extorqueat: à qua ſententia ita explicata ſi diſſentit Tr. procul dubio errat: aut iniuriam facit Dd. quos diſſentire affirmat: neq; aliter ſentit citat Gomeſ. ubi Dd. adducit & tradit, poſſe aliquem cogi, ut certo & iuſto pretio rem vendat. adde de hac re *Tiraq. d. retr. lign. §. 3. gl. 3. n. 1. Covar 3. var. reſol. 14. Accurſ. in N. 4. c. 3. & in l. Iulian. §. idem Celſus. d. act. emt. Azon in ſumm. C. h. tit.*

THESIS IV.

LIT. A.

Hominis tamen liberi] Recte ait Tr. quod hoc fit ex lege, quæ temeritati & malitiæ pœnam irrogat, adde & dolo, quia decipiendi emtoris cauſa pro ſervis cum vendi ſe paſſi eſſent, poſtea in libertatem proclamabant: cæteroquin iure ſimplicis venditionis, cum libertas ſit res inæſtimabilis, qui venditur, ſervus effici non poſſet: quæ etiam ratio eſt, cur longe ultra dimidiam læſo, ex *l. 2. C. d. reſcind. vend. non ſuccurratur.*

LIT. B.

Nomina & actiones.] Modo ne alienentur in potentiorem *l. 2. C. ne liceat potent.* & ius actionis certum ſit & liquidum per *l. per diverſas 22. C. mand.* iuncta *l. ſeq. eod.* de quo bene *Caſtr. d. l. 22, & Anton. Fabr. 12. coniect. 12.* porro idem hic ius in reali quam in perſonali ſtatuit *Iuſtin. l. ult. C d. hæred. vel act. vend.* quod licet ille certi & indubitati iuris eſſe dicat, rationi tamen iuris non ſatis convenire videtur, quod actio in rem fundatur in iure dominii, quod iſta ceſſione actionis tráſire non poteſt: etenim actio utilis, de qua ibi tractat Iuſtin. ex perſona propria ceſſionarii intentatur: quin ex ipſa *l. ult.* colligitur, hoc à Iuſtin. demum introductum fuiſſe. De re vel actione litigioſa actum eſt ſupra *diſp. 12. th. 2. lit. A.*

LIT. C.

Vt hæreditas] Limitationem ſubiicit in exegeſi, ſi modo defunctus ſit, cuius ea fuit. Parum ſubtiliter: quoniam ut ipſe addit viventis nulla eſt hæreditas. Quod de dominii tranſlatione addit, huc non pertinet, ubi de rebus agitur. & plenius proponitur hac ipſa *th. lit. F.*

LIT. D.

De iactu retis ait, in eo caſu rem extare, quæ venditur, ſed non mihi. Non ſatis bene, quoniam hic non poſſunt dici, revera piſces emi, ſed alea & ſpes *l. 8 § 1. h.* eaque venditio propter incertum eventum ſuſtinetur, ita ut de pretio nihil decedat, utcunque nihil captum fuerit. Sed non videtur mihi recta comparatio huius venditionis, cum venditione fructuum, quo caſu ſi vel eorum minima pars exiſtat, nihil de pretio remitti affirmat Tr. qm pretium hic pro fructuum proportione, qualis frequentius & regulariter eſſe ſolet, conſtitui videtur.

LIT. E.

De venditione rei alienæ & in qualemcunque contractum deductione dicemus infra *p. 2. diſp. 7. th. 4. lit. C.* Conſtat ſane nullum domino præiudicium afferri poſſe, ſed inter ipſos tantum contrahentes valere, ita ut quamdiu emtori controverſia nulla movetur; nec de evictione emtor agere poſſit, quia hæc eſt præſtatio & obligatio venditoris, rem habere licere, non dominum effici, *leg. 1. in pr. d. permutation l. 30. §. 1. d. act. emt l. 15. §. 1. h. t.* ubi manifeſtus eſt lapſus Rævardi, 4. *var. 19.* qui putat à Tribus *ad d. l. 25 §. 1.* negationem adiectam fuiſſe, quia autem rem alienam ſcivit, nec te evicta agit, ut recte Treu. *ex leg. 27. C. de eviction.* cui non obſtat *l. 1. C. ſi vend. pign. ag.* quoniam in illa qui nullum jus in re habuit, vendidit ei, qui nullum jus eum habere ſciebat: at in hac licet dolus interceſſerit, venditio celebrata eſt ab eo qui jus habuit.

LIT. G.

Non ſatis capio cur dicat cauſam dominij transferendam in emptorem: quoniam in emptorem bonæ fidei tranſit vel ipſum dominium, vel jus uſucapiendi; quod non ſatis recte cauſa dominij appellatur: cæteroquin diverſimode & titulus & traditio cauſæ dominii dici poſſunt, ſed neutrum huc recte accommodatur. De vacua poſſeſſione, an ea ad transferendum dominium neceſſaria, agemus infra *p. 2. diſp. 20. th. 4. lit. D.*

THESIS V.

LIT. A. & B.

Initio th. otioſa eſt particula *tamen*, quia nihil habet quo referatur: cæteroquin confundit Treutl. caſus & res quarum venditio omnimode non valet, & quæ valet cum certis conditionibus & qualitatibus: veluti rem litigioſam eſſe accidens eſt temporale, ſicut & hoc accidit rei, q penes

penes hujus vel illius perſonam eſt. Feudum quoque res non eſt per ſe inalienabilis, minus etiam emphyteuſis, quam huc refert lit. D. quoniam Iuſt. in cit. *l. 3. C. de jur. emp.* non prohibet eam vendi ſine conſenſu domini, ſed tamen jubet domino denuntiari: Inter quæ lata differentia eſt: quoniam ubi prius requiritur neceſſe eſt prius conſenſum domini explorari & expectari, eoque deficiente vendere non licet, ſed ubi poſterius ſufficit, modo denuntiatio interponatur tempus præfixum expectetur, & intra illud domino prærogativa concedatur, rem libere venalem proponere, & ſalvo laudemio invitiſſimo etiam domino diſtrahere licet. Et videtur hic diſtinguendum etiam inter caſus, quibus venditio omnimodo fieri non poteſt, & quibus fieri non poteſt, propter jus quod alteri in re eſt relictum vel conſtitutum, eoque quod aliquis vel plane non velut adminiſtrator, vel non plene dominus eſt, velut in feudo re dotali Eccleſiaſtica, pupilli vel minoris: quæ paulo confuſius proponuntur à Treutl. *hac th. 5. lit. A. cum ſeqq.* Poſſit aliàs quodam reſpectu hæc tractatio referri ſub caput, de perſonis, quia vendere non poſſint œconomi, pupilli, minores, & horum adminiſtratores: res enim ipſæ per ſe ſunt alienabiles, & ſub certis conditionibus & qualitatibus vendi poſſunt, ut ipſe notat Tr. *in pr. lit. E.* ubi quod ſubjicit de bonis avitis ex jure Saxon. quod vendi non poſſit, niſi prius proximis cognatis offerãtur, paulo inſubtilius dici videtur: quoniam ipſa venditio valet, & ſpeciali jure retractus res per agnatum proximum avocari, & emtori auferri poteſt, non ſecus atque ubi pactum de retro vendendo interpoſitum fuit: vel hoc argum. quod ab agnato juſtum pretium offerendum, & jure retractus intra certum terminum à lege præfinitum utendum eſt.

L I T. F.

Obligatio autem.] Non video quomodo hoc ad emptionem annuorum redituum referatur vel accommodetur, niſi quod *ex conſt. Pontificia in extrav. regimini hoc tit.* emptio redituum ita ut fundus interveniat, conſtituta eſt. Illa autem non ſatis hic conveniunt, quod cum Treutl. obligationem de fructibus ex fundo præſtandis ſimpliciter perſonalem eſſe dicat, ſubjicit tamen, emtorem fundi obligatum eſſe, ut præſtationem illam redimat: quoniam hic utique ex obligatione perſonali conveniri, quæ cum alio contracta eſt, non poteſt, neque Treutl. de hærede, ſed de ſucceſſore ſingulari, ad quem poſſeſſio rei pervenit, loquitur. Et ideò ſcilicet fundus adjectus fuiſſe, intelligendus eſt, ut demonſtraretur, unde ſolutio facienda & fructus præſtandi eſſent, ſiquidem ipſe Treutler. etiam fundo perempto, durare obligationem affirmat: & cum nullum pactum & conventio proponatur, dicere non poſſis, fundum illum in ſecuritatem emptori redituum obligatum videri: ſed illud recte tentaveris, agi poſſe, ut alius fundus in locum prioris ſubſtituatur.

Aliud dicendum.] Quia cum uſus fructus ſit jus reale, dominus vendendo fundum jus utendi fructuario adimere non poteſt. Et quod ibidem addit, uſusfructum ne quidem per modum legati, niſi in univerſis fundi fructibus conſtitui poſſe, verum eſſe, non exiſtimo. Equidem uſusfructum in meſſibus, vindemiis, vel pomis ſeparatim conſtitui poſſe, dubium non eſt: ſed & in eodem fructuum genere & eodem fundo, uſusfructum vineæ, agri vel horti, tertiæ vel dimidiæ partis pro indiviſo conſtitui poſſe, non dubitaverim: quod utique uſusfructum ejuſdem fundi duobus legati poſſe conſtat *toto tit. de uſufruct. adcreſc.* itaque ſi etiam uni uſusfructus pro dimidia parte fuerit relictus, legatarius cum hærede in uſusfructu concurret: quod etiam conventione effici poſſe, non dubito, licet id non obſcure neget Treut. dum hoc nec per modum legati fieri poſſe contendit. Et ad ſummum jure uſus hoc defendi poſſit argument. *leg. 13. de ſervit.* Neque obſtat citata *l. 88. de uſufruct.* ubi ex ſpecie & formula legati apparet, non uſusfructum, ſed annuos redditus ex fundo præſtandos relictos eſſe.

T H E S I S VI.

LIT. A.

Proponit in theſi, quod emptor teneatur dominium pretii transferre in venditorem: in quo diverſa præſtatio eſt venditoris, quem ſatis eſt præſtare habere licere *l. 30. §. 1. d. action. empt.* eaque diverſitas expreſſe traditur *in leg. 1. in princip. de permutation.* Ejus rei ratio redditur ab Anton. Fabr. quod ubi dominium non tranſit, ad intereſſe vel æſtimationem agatur, quod in quantitate & pecunia numerata non admittitur, tum quia pecunia res omnes æſtimantur, tum quod aliàs intereſſe hoc nimis excreſcere poſſit. Eſt & hæc vulgo tradita ratio, quod pretii debitor generis debitor ſit, ideoque ubi tradidit nummos alienos, quos in ſpecie non debet, priſtinam ſupereſſe actionem. Accedit tertio, q

rerum

Digitized by Google

rerum aliarum etiam citra dominium perfectus & plenus uſus eſt, pecunia autem, cujus nullus niſi in conſumptione uſus eſt, non niſi dominus jure ſuo uritur.

Niſi venditor fidem emptoris.] Limitationem hanc tradit Treutler, ad propoſitionem, qua emptorem teneri, dixerat, pretii dominium transferre in emptorem. Ubi inconſideraniia lapſus eſt, quoniam exceptio hæc de regula non eſt, neque dubium, uicunque fides habita ſit, pretium tamen poſtea ſolvendum, & juxta naturam obligationis dominium eius in venditorẽ transferendum eſſe, & exceptio illa Treutl. ad aliam regulam pertinet, qua dicitur, emptorem ſtatim ad pretium ſolvendum teneri.

Quod ex ſola traditione.] Ex L. XII. tabb. hoc eſſe tradit Juſtinian *in §. vendita 41. Inſtit. de rer. div.* ut ſi res non habita fide de pretio tradita ſit, eius dominium emptorem non transfeat *leg. 19. & leg. 53. h. t. l. 5. §. penult. de tribut act.* neque obſtat, quod traditione ex juſta cauſa dominia transferuntur *leg. 20 Codic. de pact.* quoniam fide non habita, cauſa perfecta non habetur, & quaſi nondum perfecte de pretio conventum creditur: ſed & videri poſſit traditionem, quæ fit non habita fide eſſe conditionalem. Et hinc rectè inducit Treutler. lit. B. emptore bonis cedente venditorem rem eiuſmodi jure dominii vindicare poſſe Illa alia quæſtio eſt, an qui rem tradidit, ſimpliciter fidem de pretio habuiſſe videatur: quod quidem Treutl. negat, ſed in contrarium facit, quod alii præſumptioni non poſſit eſſe locus, & cum hoc præter vulgatas regulas juris ſit ſtatutum, & in dubio pro traditione, cuius regularis effectus eſt translatio dominii ſit reſpondendum, etiam in dubio fidem de pretio habitam eſſe, ſtatuendam eſt, quod alias traditio effectum iſtum obtinere non poſſit: neque dicere poſſit, eum ideo tradere, ut ſatisfaciat obligationi ſuæ, quia ſcit vel ſcire debet, ſe non tradito pretio ad tradendum urgeri non poſſe *l. 13. §. offerri 8. de act. empt. ti.* vide præter citatos Weſemb. *in d. §. vendita. Inſtitut. de rer. diviſ. & in parat. hic Coſtal in l. 19. h. t.* pretio itaque ſoluto non ſecus ac fide habita omnino tranſit dominium, cum alias quoque pretii ſoluti effectus ſint exigui, veluti ſi quis rem ſuam alii vendi juſſerit, pretio ſoluto mandatum revocare non poſſit, ad quod probandum adduci ſolet *l. 24. de publician. act. & l. 1. §. 2. & 3. de except. rei vend.* & exiſtimant Dd. pretio ſoluto amplius alteri rem vendi non poſſe, *arg. l. 72. de rei vind.* quod tamen vix admiſeſim, cum ſolutio pretij jus reale emptori tribuere nequeat, neque efficere, ut venditor nondum tradita re dominus eſſe deſinat. Addendus eſt & alius caſus, ſi fide non habita de pretio pignoribus vel fideiuſſoribus ſit cautum, quo caſu in pendenti eſſe dominium colligitur *ex l. 12. §. ult. in fin. & l. 25 §. 1. de uſufr.*

LIT. C.

Recte hoc in th. quod pretium requirit in pecunia numerata, ſed illud vitioſum, quod in exegeſi ſubjicit, diem ſolutionis & pacta adjecta poſſe eſſe partem pretii, quia ut ad conſtituendum eſſentiale hoc requiſitum contractus, iſta loco pretii habeantur, nullo modo fieri poreſt. Spe quidem citioris ſolutionis vel intuitu pacti adjecti res vilius æſtimari & vendi poteſt, ſed dies & pacta hic quidẽ pars pretii diei non poſſunt. Nihil facit pro Tr. *l. 1. §. 2. de edendo.* quæ partem ſtipulationis appellat diem ratione conceptionis verborum. Nihil etiam textus ſub tit. d. in diem ad dicit: quia quod propterea res minoris venditur, inde partem pretii pactum illud eſſe non cõſequitur, neque tantum ratione pretii, ſed etiam aliarum rerum melior conditio dicitur, & alias etiam locus pars pretii dici poſſit.

LIT. D.

Idque certum eſſe oportet.] Videlicet vel per ſe ſimpliciter vel per relationem ad aliud, veluti ad quantitatem antea determinatam *leg. 7. §. 1. & l. 37. h. t.* vel in loco certo exiſtentem, *d. l. 7 §. 1.* Cui non obſtat *l. 34. §. 4. & l. 30. §. penult. & l. 51. de legat. 1.* quibus locis traditur pecuniam ita demonſtratam, quam in arca habeo, non quantitatis, ſed ſpeciei & corporis rationem obtinere: quia reſpondeo, non ut Accurſ. *in d. l. 7. h. t.* intereſſe an dicatur pro eo pretio, quod in arca habeo, an pro quanto pretio in arca habeo, quam communem Dd. diſtinctionem eſſe colligitur *ex Jaſon. in l. ult. de condict. cauſ. dat. col 4 verſ. & ex hoc infertur:* ſed potius quod in caſu dd. ll. pecunia non ſimpliciter, ſed quoad effectus quoſdam ſingulares in materia legatorum corporis jure cenſeatur, veluti pecunia ita quam in arca habeo, inſtar corporis, etiamſi ſæpius legata ſemel tantum debeatur, & quod hæres ea ſine culpa ſua amiſſa vel perempta liberetur, & legatum iſtud ſtatim ſit præſtandum: quæ omnia in legato quantitatis aliter ſe habent *l. 30. in prio. & l. 34. §. 3. de legat. 1.* & omnino ita habendũ eſt, venditione ita facta, pro quãto pretio in arca habeo, illud ad taxandã

preti-

pertinere pretii quantitatem, quo etiam in aliis nummorum corporibus ſoluto emtor liberetur. Et ſub hunc caſum certitudinis relativæ etiam pertinet æſtimatio in arbitrium certæ perſonæ collatum, de quo plenius agemus *diſp. ſeq. th. 3. lit. D. & E.* Illud conſtat in arbitrium alterius contrahentium pretium conferri non poſſe *l. 13. & l. 39. §. 1. h. t.* quibus non obſtat *l. 7 in pr. h. t.* quæ non de pretii taxatione, ſed conditione venditionis loquitur, de quo pluribus *inf. p. 2. diſp. 27. th. 7. lit F.*

Venditionis tamen.] Affirmat valere inſtrumentum venditionis, licet quantitas pretii in eo expreſſa non ſit. Dubium facit, quod pretium non indefinitum, ſed certum & determinatum contractus hujus eſſentiale requiſitum eſt: qua ratione utitur *Fach. 2. controv. 34.* ut oſtendat per teſtes, qui de certo pretio non deponunt, venditionem probari non poſſe, eadem autem ratio teſtium & inſtrumentorum hic eſſe videtur. Neque obſtat quod *in §. 11. & 16. Inſtit. de inutil. ſtipu.* traditur, præſumi pro inſtrumento, & ſi ſcriptum ſit, aliquem promiſiſſe, perinde eſſe, ac ſi expreſſius ſcriptum fuiſſe, interrogatione præcedente reſponſum fuiſſe: etenim reſponderi poteſt, caſus eſſe diverſos, & promiſſionem tanquam verbum relativum, quaſi præſupponere & includere interrogationem, adeoque promiſſione certo quodam modo ſtipulationis eſſentiam ſatis expreſſam videri: & cum aliàs jure gent. quivis promiſſor & qualiſcunque obligetur: tanto facilius præſumtio admittenda eſt, ex qua contra promittentem, obligatio inducatur.

THESIS VII.

LIT. A.

Negat hic in exegeſi promiſſionem nudam de vendendo eſſe venditionem. Hoc in ſimplici promiſſione citra acceptationem & pretii determinationem omni dubio caret: cæteroquin contrarium verius eſt, ex eo quod ipſe Tr. ſup. hac diſp. th. 2. lit. B. ſcribit, præſumi emtionem ſi quis dicat, volo tibi vendere hanc rem pro centum, & alter ſerio reſpõdeat, volo emere. Et videtur ſibi nõ obſcure contradicere Tr. quoniam in una eademque quæſt. illic contra ſe, hic theſ. 7. pro ſe Moz. adducit. Illud autem verius eſſe d. th. 2. probavimus.

LIT. B.

Ait conſenſum eſſe debere liberum, & inde infert, metu factam emptionem reſcindi, Atqui ſequi potius videbatur contractum ipſo jure eſſe nullum, cum præſertim cæteris requiſitis quæ hic proponit deficientibus, venditionem nullam eſſe pronuntiet: ut proinde adverſativa potius particula, autem, uti, & de effectu metus ejusq; à cæteris diverſitate explicatius agere debuiſſet, de quo fuſius actum ſupra th. 2. ubi rectius hoc Tr. propoſuiſſet.

LIT. C. & D.

Proponit hic de conſenſu vero & perſpicuo, cui opponitur obſcuritas & ſimulatio: & hæc tamen minime eund. effectum habent, quũ ſimulatus contractus nullus eſt, ſed in quem obſcuritas aliqua incurrit, utique ſubſiſtit. Illud etiam vitioſum, quod minimè explicat aut diſtinguit naturam ſimulati aut imaginarii contractus, imo pejus eum cum uſurario confundit: quia non tñ eo modo ſi velandis uſuris emtio prætexatur, vel etiam aliis modis imaginaria venditio dicitur, veluti ſi emtio fiat uno nũmo *l. nuda 55 de contrah. emt.* vel ſi quis in caſu inverſo *l. ult. C. de præd. decur.* prohibitus donare, rem leviſſimo pretio diſtrahat: ſicut & oẽs illæ venditiones, quæ olim in pleriſq; mancipationibus interveniebant, imaginariæ erant, & eiuſmodi venditionis ſingularis ſpecies proponitur *in l. 66. d. jur. dot.* de cuius ſententia actum ſup. diſp. 16. th. 10. Eſt alias hoc cõmune aliis etiam contractibus, ut ſimulati non valeant, *& l. 54. de O. & A.* & de locatione *in l. 46. Locati. junct. l. 10. §. ult. de adq. poſſ. add. Harm. lib. 3 tit. 3. & 43.*

Et ſi perſona aliàs. Specialis hæc quæſtio eſt ad eam ſpeciẽ ſimulatæ venditionis pertinens, quæ regendis uſuris adhibetur. In qua Treu. ſequitur Boetium, & ab eo citatos *deciſ. 182. num. 10.* ubi non niſi duo requirit, modicitatem pretii, & pactum adjectum de retrovendendo. Sed mihi magis probantur, qui tertium adiiciunt, ut perſona emtoris fœnerari ſolita fuerit, vel ex aliis indiciis, puta neceſſitate venditoris aliud colligatur, & quod addo, omnis præſumtio donationis in venditore ceſſet: quoniam conſtat rem donandi gratia minoris vendi poſſe *l. 38. h. t.* & pactum de re vendendo utilitatem magis venditoris quam emtoris reſpicit.

Interpretatio fit contra eum.] Vulgata hæc regula eſt, cui tamen objici ſolet *l. 33. h. t* de cuius ſententia ſatis dictum ſup. diſp. 6. th. ult. lit. B. diverſam plane judiciorum rationem eſſe docet *l. 66. de judiciis.* ideoque regula hæc Tr. ad contractus pertinet, & de ſtipulatore nominatim id reſponſum eſt, quod cõtra ipſum verba explicentur, *in l. 38. §. 19. de V. O.* cui obſtare videtur *l. 110. eod. tit.*

Digitized by Google

ubi dicitur ſpectari mens ſtipulantis. Sed ipſe textus rem expedit, dum ait æſtimari debere quid in re ipſa ſit: ut proinde non revera ibi ſit obſcura propoſitio, ſed veritas ipſius rei & proprietas verborum convenit cum mente & ſententia ſtipulantis, quæ hactenus præfertur menti promittentis, quatenus hujus opinio à propria verborũ ſignificatione diſſentit.

LIT. E.

Cum in rem venditam utrinque conſenſum oporteat, conſequens eſt, ut errore emtio vitietur *arg l. 116 de reg. jur.* Eſt autem error vel in ipſo corpore, qui procul dubio emtionem facit nullã *l. 9 cum ſeqq. h. t.* aut in ejus qualitate, velut ſi aurum veneat pro ære, ubi itidem venditio nulla eſt dd. ll. quia hic quæ inter rem & pretium deſideratur proportio, nulla eſſe poteſt: ex quo ſumitur reſponſio *ad l. 22. de V. O.* quoniam in ſtipulatione nulla ejuſmodi proportione opus eſt, de quo etiam *Donell. 12. comm. 7. Gæ ld. de contrah. ſtipul. c. 9 concl. 4.* quamvis ſi emtor tam fatuus ſit, ut rem habere velit, actionem ſupereſſe crediderim, ꝗ ejus tantum gratia venditio pro nulla habeatur, ſi æs pro auro venditum fuerit. Et hæc ita ſi in nullo nec in parte quidem concurrat conſenſus, cæteroquin emtio ſubſiſtit *juxta l 14. h. t.* cui objicitur *l 41. in fin. eod* quam Cujac. conciliat, per diſtinctionem inter nudum operimentum, quo caſu revera diverſa corpora manent, & immixtionem. Conan. *libr. 7. com c. 6,* rationem *d. l. 14.* hanc reddit, quod æs aliquam affinitatem habeat cum auro, ut tamen ICtos nimiæ accuſet & jejunæ ſubtilitatis. Plane non dubitaverim etiam in caſu *d. l. 14.* ubi emtio valere dicitur, emtorem ex emto conſequuturum, ne ſolidum pretium ſolvere cogatur, quod ſine manifeſta ejus injuria aliter ſtatui non poſſit. Illud in univerſum hic notandum eſt, venditionem dupliciter valere dici: quodam modo ut quod & quomodo conventum eſt, utrinque omnimodo præſtetur: altero ut præſtetur quidem, ſed non omnimodo, ut in ſpecie *d. l. 14.* quod optime confirmatur *ex l. 21. §. 3. de act. emt.* ubi ait Paul. licet propter diſſenſum in qualitate emtio ſit, hactenus tamen teneri venditorem etiam ignorantem, quanti intereſt emtoris: neque enim probanda eſt *Cujac. 2. obſerv. 5. Hottom. 1. obſervation. 4. Conan. 7. commen. 6.* ſententia qui in *d. §. 2.* negative legi volunt, *emtionem non eſſe*: etenim ut diximus, in qualitate dupliciter diſſentiri poteſt, & omnimodo & ſecundum quid & cum etiam citrum lignum ſit, ipſo jure emtionem ob talem errorem non vitiari recte defenditur, cæteroquin non ex vendito vel emto agere emtor, ſi pecuniam datam condiceret, ut in caſu *l. 41. in fin. h. t.* Poteſt & tertio modo dici valere emtio, ubi nullo modo nec res nec pretiũ præſtatur, ſed ad nudum intereſſe agitur, quod fit ob qualitatem rei venditæ, quæ in commercio non eſt concurrente dolo & ſcientia venditoris juxta *l. 4. cum ſeq. h. t & §. ult. Inſtit eod.* Ubi exactius ita diſtinguendum eſt, quod aut res nullo modo in commercio eſſe poteſt privati, veluti civitas, & ſimpliciter nulla emtio eſt, nullaque actio, quod nulla juſta ignorantiæ cauſa prætendi poſſit: aut non eſt in commercio propter aliquã qualitatem quæ abeſſe poſſit, cujuſmodi eſt homo liber, res ſacra &c. & hic aut uterque ſcivit qualitatem rei, & nulla actio eſt: aut ignoravit uterque & hic venditor ſummo jure conventus ad intereſſe exceptione juſtæ ignorantiæ defenditur: aut alteruter ſcivit & ignoravit, & hic ſi ſcivit emptor ſolus nulla eſt actio, ſi venditor ſolus, actione ex emto ad intereſſe convenitur juxta *d. l. 4. & 5. h. t. § ult Inſt eod.* Quib. conſequens eſt. 1. non recte ita dici à Tr. quaſi venditio tantum valeret, ſi uterque ignoraverit, quia imo etiam tenet, ſi venditor ſciverit ſolus, & tanto magis, ut ad intereſſe teneatur. 2. non recte lit. E. *d. l. 21. §. 2. de action emt.* reſtringi ad caſum, quo tãtum circa accidentalia fuit erratum.

Huc referri poteſt quæſtio.] Ait huc referri poſſe quæſtionem, eamque duplicem, an & intra ꝗ tempus per partes fundi venditi menſura fieri debeat. Atqui non video, quomodo huc referri dicatur quæſtio quæ à præmiſſis plane eſt aliena: cæterum quoad priorem partem quæſtionis, an ſit facienda menſura, necne, ad utrumque membrum præſertim ad poſterius nulla ratio eſt dubitandi; & ad poſteriorem partem intra quod tempus facienda ſit, prior diſtinctionis pars, quã nulla menſura opus eſt, omnino nulla eſt, & amplius temporis illius 60. dierum nulla apparet certa ratio, neque id ex textibus allegat. ullatenus probatur: *& in l. 31. §. 22 de adil. ed.* tempus illud duorum menſium eſt terminus actionis ad exhibendum: *in l. 40. h. t.* agitur de diebus 30. & quidem ex pacto: cæteroquin perfecta venditione quam primum fundum metiendum, aut judicis arbitrio hoc dixerim eſſe committendum.

(·.·)

THE-

Digitized by Google

THESIS VIII.

LIT. B.

Statuit hic Tr. ubi arræ intervenerunt etiam à contractu perfecto etiam alterutro invito diſcedere licere: quam opinionem præter citatum Sichardum jam olim videtur probaſſe *gl. ad princ. Inſtitut. h. tit. & Odofred. in l. contractus 17. de fide Inſt. & ibi Salicetus numer.* 14. ubi ait, arris intercedentibus hoc tacite convenire videri, ut qui vult eas perdere, vel duplicatas reddere poſſit recedere a contractu: & probatur inde, quod *in d. L. 17. in fin. & in d. princ. Inſtit. hoc tit.* dicitur recedere licere, etiamſi ſine ſcriptis celebrata ſit venditio, quam nudo & ſimplici conſenſu perfici conſtat. Contrariam ſententiam ſatis perſpicue probat *Cynus in dict. l. 17. numer. 11. & Bartolus ibidem in §. illud.* pro qua facit regula juris, quod contractus perfecti neceſſitate adſtringant contrahentes: eoque exceptio iſta diſertis verbis textus probanda erit: & facit quod *in princip. Inſtitution. hoc titul.* dicitur, *donec aliquid deeſt*, licet ab hoc contractu impune recedere, niſi arræ datæ ſint: & ergo quo caſu impune recedere licet arris non datis, eodem cum damno arrarum recedere licet: atquin perfecto contractu arris non datis non licet recedere, ſed tantum licet imperfecto: Ergo etiam non niſi imperfecto contractu cum damno arrarum recedere licet, quod argumentum ad abſurdum fortius cõſtringi poteſt: Quo caſu datis arris cum damno earum recedere licet, eodem caſu non datis impune recedere licet. Atquin ex ſententia Treutl. arris datis etiam à perfecto contractu cum damno eorum licet recedere: ergo à perfecto contractu non datis arris impune recedere licet. Quæ concluſio cum manifeſto falſa ſit, & ex veris nunquam ſequatur falſum, neceſſario alterutram propoſitionem falſam eſſe oportet, & porro aſſumptionem, quoniam propoſitio in expreſſo textu *dict. princip. Inſtitution. hoc titul.* fundatur. Accedant verba *dicta princip. donec aliquid ex his deeſt*, item *in leg. 17 Codic. de fide Inſtrument. ſuper facienda emtione* non procedente contractu, *qui vendere pollicitus eſt*. Accedit ad hæc, quod abſurdum ſit ut propter arras, quæ plerunque in re exigua conſiſtunt, contractus ſuper re pretioſa & magni valoris irritetur: ſicut & abſurdum eſt, ut actus contrahentium præter ipſorum intentionem contrarium operetur effectum, ſiquidem arræ probando & firmando contractui dari & intervenire ſolent. Ex quo reſpondetur, ad præcipuum fundamentum contrariæ opinionis de pacto tacito, quoniam conventiones tacitæ indicantur in præſumpta contrahentium voluntate, propter quam lex eas fovet, iiſque aſſiſtit. Neque obſtant dd. textus *in princ. h. tit. & in leg. 12. Codic. de fide Inſtrument.* quia ſunt accipiendi de contractu imperfecto: quam reſponſionem non evertit, quod etiam de contractu ſine ſcriptis celebrato ibi tractatur: quoniam reſponderi poteſt, 1. quod hoc intelligendum ſit de caſu, quo negotium nondum plene eſt concluſum, & adhuc in terminis tractationis ſubſiſtit: quod licet non videatur debere amittere arras, qui tractationem inſtitutam abrumpit, attamen nihil abſurdi eſt aliquando & hoc caſu arras dari, & eas perdere, qui à pollicitatione, in quam alter nondum abſolute conſenſit, recedit, quem caſum in terminis his verbis ponit Odofr. *in L. 17. C. hoc tit.* (licet eum male ab hac diſputatione removeat) aliquando, inquit, datio arrarum præcedit contractum; ut in emtione librorum: nam vadit ſcholaris ad ſtationem, & petit à ſtationario, pro quanto vis dare iſtum librum, dicit ſtationarius pro decem, dicit ſcholaris vis octo, dicit ſtationarius deris arras, & videbo ſi poteritis habere ab eo cujus eſt: hactenus Odofred eoque caſu ſi poſtea ſcholaris octo illa dare nolit, merito arras amittit. 2. dici poteſt, dictos textus accipiendos de caſu, quo pars altera ultro lucro arrarum contenta actionem ex contractu omittit & remittit: quod non obſcure ſentit *Bart. d. l. 17. §. illud. & expreſſius Cynus ibid num.* 11. ubi monet, cavendum eſſe à Gl. quæ aliter ſentiat, & addit, quod à perfecto contractu non liceat recedere, nec cum damno arrarum, niſi pars non curaverit, & ultro fuerit contenta. Nec illubens arguerim incuriam Tribon. qui parum caute cum initio de contractu in ſcriptis faciendo egiſſet, poſtea copulat contractũ ſine ſcriptis, quæ tamen in tractatione illa diverſiſſima ſunt, quod qui in ſcriptis celebrandus eſt, tractum temporis habet, & in eo tractatio à perfectione vel maxime differt, quod in celebrando ſine ſcriptis omnino ſecus ſe habet. Ex his autem facile removetur quorundam objectio, quod arræ dicantur argumentum venditionis contractæ *in pr. hoc tit.* & identidem in dd. textibus appellatur contractus: etenim etiam dicitur *emtio facienda, & donec aliquid deeſt*. neque neceſſium eſt, ut quod *in pr. Inſt. h. t.* dicitur.

Digitized by Google

ſit perpetuum & univerſale: & ubi actum eſt, ut in ſcriptis contrahatur, coutractus nihilominus in natura ſua & ex jure gent. conſideratus perfectus dici poteſt, & vendirio contracta, licet perfectionem illam accidentalem & mere civilem nondum acceperit, neque novum eſt, ut etiam aliquando tractatio pro ipſo actu uſurpetur, cum præſertim in conſtiturionibus Juſtin. accuratio verborum non ſit exigenda: adeoque nec movere debet *in d.l.17. & in princip. Inſt. h.t.* verbum *adimplere*: cum præſertim ſit homonymum, & cum contractu imperfecto collatum eius perfectionem deſignet. Illud fruſtra objicitur, ſi nondum perfecto contractu & in nudo tractatu ſubſiſtente arras datas ponamus, fieri poſſe, ut injuria inferatur, v.c. emturo & hic ſine culpa arram amittat, ſi venditor malitioſus ut hoc lucrum faciat, nimis magno rem æſtimet: etenim hoc caſu emptori ſuccurri poterit replicatione doli, neque tamen ratione precii, ſed etiam alijs modis contractus imperfectus eſſe poteſt: & in caſu ſup. propoſito, ſi emptor certam quantitatem obtulerit, hoc incommodum eſſet.

Porro arræ datio.] Tractant hanc quæſtionem, an arræ datio ſit contractus *Dd. in l. 17. C. de fide inſtrum.* & licet magis videatur negare Cyn. rectius tamen, affirmat Salicet, ibid. & Martini, quem pro diſſent. allegat Tr. ſententiam ita explicat, quod intellexit, dationem arrarum non eſſe contractum per ſe ſubſiſtentem. Quæſtio hæc decidenda eſt ab effectu dationis hujus, qui ex conſtitutione Juſt hic eſt, ut qui à contractu recedit, arras amittat: ut proinde intelligatur v.c. qui arras dat, tacite ſe obligare quod contractum ſervare, & ſi non ſervet, arras amittere velit: quæ ratio facit, ut potius quaſi hunc contractum, quam verum contractum eſſe debeat exiſtimari.

Condictione ex lege.] Hæc quoque quæſtio, quænam actio hic competat, tractatur à Dd. *d. l.17. C. de fide inſt.* & ibi gloſſ. ſicut & in *princ. Inſt. h. t.* proponit tres actiones ſive tria remedia, condictionum ex lege, actionem contractus & officium judicis. Verum nullum hic officium judicis, niſi quod ſubſervit & accedit actioni, eſſe poteſt. Odofredus, Cyn Salic. diſtinguere magis videntur, an verſemur in terminis contractus perfecti: an imperfecti hoc caſu opus erit cōdictione ex lege, quæ ſcilicet hanc obligationem, de qua paulo ante actum, introduxit: contractu autem perfecto nihil video quid impediat, quo minus ex cōtractu agi poſſit: quoniā oēs præſtationes, quæ lege vel edicto circa hunc contractum cōſtitutæ ſunt, in actionem ex emto venire poſſunt, etiamſi res tendat ad cōtractus diſſolutionem *argum. l. 11. § 6. de act. emt.* de quo etiam infra p. 2. diſput. 2. th. 2. lit. C.

LIT. C. & D.

Veriſſima ſententia eſt, quod perfecta venditione periculum ſit emtoris, & vere indigno ICto cōtraria Cujacii opinio, contra quam tamen nō valde ſtringit ratio Tr. quod æſtimatio rei transferat periculum in eum, cui facta eſt: quia petit principium, & hoc ipſum dubium, an ſimplex & ſola æſtimatio iſtum habeat effectum *arg. l. 17. §. 1. de præſcript. verb. l. 11. in pr. de reb. cred.* Sed præter textus in hanc rem expreſſos *in l. 11 §. 12. quod vi aut clam.* & in aliis locis, quos citat Ant. Fab. 2. conj. 4. affirmantem ſententiam cōtra Cujac. hæc ſolida & invicta ratio cōprobat: quod qui tantum præſtat cuſtodiam, & dolum & culpam, nō poteſt teneri de periculo & interitū naturali rei: atquin venditor perfecto cōtractu tantum obligatur ad cuſtodiam, & in ea præſtat dolum & culpam, *l. 2. §. 1. cum ſeqq. de peric. & comm l 23 de R. I. l 2. § 1 commodati*: ergo &c. Et quod venditor rem alteri tradendo eum dominum facit fit poteſtate & vi tradi[t]ionis, quæ ſimplici obligatione potentior eſt: & quoniam facto illo fidem venditor rumpit, imo crimine falſi ſe implicat, in dubio id nunquam facturus, ſed ex fide rem traditurus præſumitur. & ubi primum in culpa vel mora venditor eſſe incipit, in ipſum periculum transfertur ab emtore, qui nō petendo rem, quam ſtatim poterat, moram cōtrahere & tanto æquius periculum ſuſtinere intelligitur. Et in regula illa, quod res domino pereat, opponitur dominus iis, qui tantum uſum, vel cuſtodiam aut poſſeſſionem rei habent, nō iis, qui ex cōventione, jus rem quandocunque voluerint avocandi, & in ſe totum transferndi quæſitum habent: ut adeo eo reſpectu venditur quaſi non dominus eſſe videatur, eo etiam argumēto, quod, ut paulo ante dictum, cuſtodiam rei, dolum & culpam præſtare tenetur. In ſpecie *l. 33. locati.* qua ſola Cujac. utitur, res adhuc extat, ideoque venditor qui ex accidenti rem tradere nequit, actiones ſuas cedere tenetur *§ 3. ve. ult. Inſtit. h.* quas ſi nullas vel inefficaces habeat, merito pretiū reſtituere tenetur: & vera eſt Dd reſpōſio, culpā ibi venditoris, ut fundus publicaretur, interceſſiſſe: quod ſi citra ejus culpā per injuriā judicis publicatio facta ſit, (tertium autē dari nō vide-

Digitized by Google

videtur) ea potius penes venditorem , cui res ablata eſt, reſidere debet. Neque obſtat, quod ubi culpa interveniit venditoris, is non ad pretium tantum reddendum, ſed etiam ad totum intereſſe teneri debeat: quia culpa iſta non tendit directo ad negandam ſeu impediendam traditionem, quo caſu tantum ad intereſſe emtor agere poteſt. Aliæ objectiones ab Ant. Fab. & aliis ſatis bene expediuntur. Addit autem lit. D. ſententiæ affirmativæ Tr. limitationem, quod non obtineat in venditione conditionali. Quæ exceptio vitioſa eſt, quia cum conditio obligationem & totum actum ſuſpendat, venditio conditionalis nullo modo venditio eſt, tantum abeſt ut perfecta dici poſſit, & eſt in hanc rem textus expreſſus *in l. 7. in prin. h. t.* venditionem conditionalem tum perfici, ubi impleta fuerit conditio. Altera quoque ibid. adjecta exceptio non recte ſe habere videtur, de culpa alterutrius interveniente: quoniam verbum *alterutrius*, utrumque & venditorem & emptorem complectitur: hic autem ſi ſit in culpa, tanto magis periculum ejus erit: eoque culpa tantum venditoris hoc proponendum erat, in quem ea periculum ab emtore transfert.

THESIS IX.

Lit. C.

Ait quod ei cui venditus eſt fundus ſub pacto addictionis, & interea precario traditus, detur interdictum, quod vi aut clam, & tanquam inter ſe diſſ. allegat Cujacium & Robertum. Verum non de hoc inter ipſos controverſia eſt, quod ſatis expreſſe in citato textu traditum eſt, ſed de lectione *l. 11. § 11. quod vi aut clam.* in cujus §. prin. Cujac. vult addi negationem, quod alias *in eod. §. verſ. ſi tamen.* fruſtra de eo dubitaret ICtus, quod jam in prin. affirmaverat. Sed Robertus bis idem propôi exiſtimat, quod duplex ſit cauſa dandi interdicti, una quia in poſſeſſione eſt, altera quia eius intereſt. Verum apparet hæc non proponi tanquam diverſa à ICto, ſed ideo intereſſe dici, quia poſſidet, ut apparet *ex d. verſ. ſi tamen.* ubi dicitur, intereſſe eius qualiter qualiter poſſideat. Sed & Cujacio obſtat, tum quod *non precario tradi*, non tantum opponitur ei caſui, quo ſimpliciter res traditur, ſed etiam quo interim conducitur: tum quod ubi ſimpliciter res traditur nulla ratio dubitandi eſt, & aliàs correctiones textuum ſunt odioſæ. Et fortaſſis non adeo abſurdum fuerit, quod ſemel propoſitum erat iterum inculcare, propterea quod hac de re inter Iulianum & Caſſium eſſet controverſia: cum etiam conſtet nos non continuatum in libris ICtorum textum, ſed male conſarcinatos habere centones.

Lit. D.

Agit hic de pacto legis commiſſoriæ in venditionibus, per quod res fit inemta, & in allegatis ſubiicit per illationem, pactum ut venditori aliquid detur loco intereſſe, donec pretium ſolvatur, valere nec eſſe uſurarium. Atqui hoc ex priori illo utpote diverſo, inferri nullo modo poſſe videtur. Deinde quod ipſam rem attinet pactum eiuſmodi magis eſt ut uſurarium videri debeat: quoniam cum dubio procul quantitatem certam venditori promiſſam intelliget, intereſſe illud, quod ab uſuris diſtinguitur, & iure Ca. admittitur, illud dicitur, quod ratione lucri ceſſantis vel damni emergentis ſibi abeſſe in iudicio quis probare poteſt. Et cum uſuræ dicantur, quæ ex cauſa contractuum bonæ fidei pacto promittuntur *l. 5. C. de pac. int. emt.* non video quomodo non pactum iſtud de quo Tr. agit, uſurarium ſit dicendum. Debebat etiam hic Tr. diſtinguere inter ius Can. & civile, quoniam ſecundum hoc vitioſè dicitur per oppoſitionem, valere & eſſe uſurarium: quippe quod iure civili uſuræ propriè dictæ, licet in conventionem deducantur: quod iur Canon. ſecus habet, ex quo ſententia Tr. defendi poteſt, ſi ex pacto ad emtorem pertineant fructus: quod hoc caſu æquitas compenſationis citra ullam conventionem, uſuras præſtare ſuadeat, *l. 2. C. de uſur.* cæteroquin falſa erit: qua admiſſa canones, quib. uſuræ damnantur, eludendi expedita eſſet ratio, ſi nomine eius, quod intereſt aliquid ſtipulari vel paciſci liceret, de quo pluribus infra part 2. diſp. 5. Diximus autem initio, *pactum legis commiſſoriæ*, quomodo paſſim loquuntur Dd. non ignari legem hic nihil aliud quam pactionem & conventionem denotare: ſed illi magis de rebus, quam verbis ſoliciti eſſe ſolent, neque adeo erat, cur tantopere eos rideret *Ant. Fab. decad* 21. *err.* 1. qui etiam ead. dec. error. 9. non veretur, ſtolidos appellare eos, qui dicunt pignus obligatum: neque animadvertit ſuperciliosus ille cenſor, ipſos ICtos ita loquutos *in l. 13. in pr. de pignor l. 3. in fi. & l. 19. qui potiores.* quo ſenſu hypotheca obligata dicitur *in l. 16. §. pen. de pign.* quoniam pignus & hypotheca citra conſiderationem illam qualitatis pro re ipſa uſurpari poteſt: quin quod magis mireris, legimus *in l. 23. §. 1. de pignor.* pignoris

Digitized by Google

obligationẽ obligari Et idẽ Fab *dec.21.err.1.* impudentiſſime& petricta fronte Hottomannum ſugillat, ac ſi legem cõmiſſoriam inter leges pop. Ro. retuliſſet, quam calumniam à Cujacio primum natam, ſ. fide& perſpicue ab Hottomanno cõfutatam eſſe ignorare, vel non poterat, vel non debebat Eſt autẽ pacti huius iſte effectus, ut poteſtate ſua reſolvat venditionem, & dominium rei ipſo jure redire faciat ad venditorem, quod a cõtrario ſenſu probat *l ult.d.leg commiſſ.* & apertius *l.5 eod.tit. & l.4 C.de pact. int. emt.* qua in re labitur Vaſqu. diſſentiens *cap.69. illuſtr. contr. verſ.* Pro quo nihil facit *l 3.C.de pact.int.empt.* quia nõ parum intereſt, quomodo verba pacti concipiãtur, & in dubio extra caſus exceptos pacta ultra naturam ſuam vulgarem non operantur: accedit quod in ſpecie *d. l. 3.* pretii pars ab emtore data fuit: & nulla reſponſio eſt Vaſq.ad leges paulo ante citatas, quod ibi venditor non habuerit fidem de pretio: quia imo vi pacti fundus ad venditorem redit, cum aliàs regulare ſit, fide de pretio non habita dominium non tranſire; nulla etiam eſt ratio differentiæ à Vaſq. inter pactum cõmiſſorium & addictionis in diem allata, quod eo caſu, non etiam hoc ſit in poteſtate emtoris ſatisfacere pactioni: quia hoc non pendet à facultate emtoris, ſed a poteſtate pactionis actum reſolventis; ut proinde falſum ſit, quod idem Vaſq. illo caſu dominium irrevocabiliter tranſire affirmat: & omnino in ſpecie *d l.3.* nihil aliud eſſe videtur quam pactum de retrovendendo. de quo th ſeq Hinc ſeq quod re inemta facta etiam fructus interim percepti ſint reſtituendi venditori *l.5 de leg.comm.* qui retro reſolvitur contractus initus quippe ſub conditione reſolutiva: & ſicut cõditio ſuſpenſiva hoc operatur, ut ea exiſtente retro contractus pure celebratus fuiſſe credatur: ita ex adverſo facit conditio reſolutiva, ut retro nihil actum eſſe videatur. Pacto tamen ut fructus interim percepti lucro emtoris cedant, effici poteſt, quam ſententiam receptiſſimam eſſe fatetur *Anton.Fab decad.22. c.2.* ipſe tamen eam improbat, hac ratione, quod implicet contradictionem: fundum fieri inemtum, & fructus jure emtionis retineri. Verum inepta hæc ratio eſt, quod nihil obſtet, quo minus hoc operetur titulus emtionis, qui interim in rei veritate adfuit: & cum alias contractus ex conventione legem accipiant, & pactis eorum quoque natura immutari poſſit *arg. l 14 & 26. depoſ.* ridiculum eſt negare, illud de quo quærimus, pactione effici poſſe, quod etiam tantum non expreſſe in caſu pacti addictionis in diem, cujus eadem hic ratio, traditum eſt *in l 6.in fin.de in diem addict.*

THESIS X.

LIT. A.

Agitur hic de pacto de retrovendendo, quod non impedire translationem dominii, ſatis perſpicuum eſt, cum nec pactum commiſſorium hoc impediat, licet poteſtate ſua cõtractum diſſolvat, quod in hoc pacto ſecus eſſe, paulo poſt tradit Treutl. Et Zaſ. citato loco hoc confirmat, quod ex pacto iſto non quæratur venditori jus reale, contrariam autem ſententiam nemini imputat, ſed iſtam doctrinam adeo manifeſtam eſſe dicit, ut contrarium impoſſibile eſſe putet, licet verba, quibus Treutl. utitur, apud Mynſing. citato loco extent & pravo judicio, ut paulo ante dictum, ut hujus pacti ipſo jure contractum reſolvi Vaſq exiſtimet.

LIT. B

Tranſit hoc pactum in hæredes.] Rectius dixiſſet, quod effectus huius pacti, obligatio& actio trãſeat, & de quo l. C. cedi poſſit. Adjicit autẽ in exegeſi, quod non tranſeat in ſucceſſorem ſingularẽ. Quod proponi & quæri poteſt de ſucceſſore & venditoris & emtoris. De illo caſu tractat citatus Gail. & recte probat, quod jus ex hoc pacto quæſitum, etiam in hæredes venditoris transfeat: ut proinde quod de ſucceſſore ſingulari tradit Tr. itidem ad ſucceſſorem venditoris referẽdum videatur, quod ſuadet ipſa conjunctio & oppoſitio, & quod lit. C. de ceſſione ſubiicitur, quæ nihil aliud eſſe poteſt, quam ipſius actionis ex pacto quæſitæ ceſſio: & congrue additur actio cedit reſpectu eius, contra quem datur. Et tamen in ſucceſſore ſingulari venditoris quæſtio illa locum non habet, cum nullus fingi poſſit ſucceſſor ſingularis in re, quæ iam alii vendita tradita eſt Quod ad emtorem attinet, hæredem eius teneri dubium non eſt, ſucceſſorem autem ſingularem non teneri docet Treutl lit. C. ex quo tanto magis colligere licet, quod lit. B. de ſucceſſore venditoris Treut. agere fuerit propoſitum, quod aliàs odioſa illa & otioſa fuerit repetitiò.

LIT. C.

Extraneo cedi poteſt.] Videlicet actio ex hoc pacto quæſita: cujus rei manifeſta ratio eſt, quoniam actiones quævis conventionibus in alios transferri poſſunt per notata ſupra theſ. 4. *leg. 1. C.de novat.* dum tamen abſit ſimulatio & fraus *iuxta l.22. & 23. C. mandat.* Nihil autem neceſſum

ceſſum erat adjici de extraneo, quia in hæredem per ſe jus illud tranſit. In verſ. *perſonale tamen* (rectius dixiſſet autem,) alius caſus proponitur pertinens ad emtorem, contra quem ſolū eſt actio ex hoc pacto, non etiam contra tertium poſſeſſorem, quia tantum & nihil niſi conventio eſt, per notat. Zaſ. *d. conſ. 12. lib. 1. n. 34.* & ſiquidem venditor purus, qui ſtatim tenetur, rem alteri vendere & tradere poteſt, ita ut contra tertium illum nulla ſit emtori actio, etiam & magis poterit, qui tantum ad retrovendendum eſt obligatus. Et facit expreſſe pro hac ſententia *l. 2. C. de pact. int.* & quam ad hoc etiam ponderat *Zaſ. d. loco* & inepta reſponſio *Vaſq. d. c. 69.* quod ibi ſit verbum obliquum, *reſtituatur,* quia non tam à verbis, quàm à natura & qualitate pactorum hi effectus pendent: & illa diſtinctio, cuius etiam in F. lit. meminit Treu. nec ipſi quidem Vaſquio ſatis probatur. Neque obſtant quæ de pacto cōmiſſorio & addictionis in diem paulo ante tradita fuerunt: quoniam alia & ſpecialis eorum pactorum ratio eſt, quibus iſte effectus non tam propria virtute, quam autoritate legis ineſt, & fortaſſis etiam illis, quibus conditio reſolutiva expreſſe à partib. contract. adjecta eſt, *arg. l. 41. in pr. de rei vind.* cætera pacta nihil niſi pacta manere, id eſt, non niſi actionem perſonalem ex ipſis naſci ſtatuemus. Neque obſtat *l. 13. in fi. pr. de pign. act.* ubi ex pacto creditoris actio in rem datur debitori, juncta *l. voluntate 10. §. ult. quib. mod. pign. ſolv.* nam ut non dicam, quod Ant. Fab. exiſtimat *deca. 22. er. 9.* ver. illum à Trib. eſſe adjectum, dici poteſt ſpecialiter hoc receptum, ut aliquis effectus ſit pacti, qui aliàs nullus eſſet, cū actio in perſonam ex illo pacto debitori quæri non poſſit, & ita quidem receptum dicam, ut pacto illi data ſit vis pacti reſolutivi quod eleganter probat *d. l. 10. § ult quib. mod. pig. ſolv.* quo poſito neceſſum eſt jus priſtinum vindicandi ſalvum manere debitori: cui caſus ſimilis eſt *in l. 7. §. 1. diſtr. pig.* Manet ergo firmum, quod pactum de retrovend. rem non afficiat: à qua ſententia directo non diſſentiunt citati Gail. & Tiraq. qui loquuntur in terminis diverſis juris retractatus lege introducti, quæ procul dubio potentius operatur quam pactum, ideoque ex ea conditionem ſive actionem in rem ſcriptam naſci ait Gail. & aliàs facile jus illud cognatis competens eludi poſſet.

Fructus tempore venditionis.] Fructus eo tempore, quo ex pacto de retrovendendo agitur, pendentes pro rata temporis dividendos eſſe exiſtimat Treutler. Verum ratio iſta dividendi, haud ſcio quomodo mihi ſuſpecta ſit, neq; eam temere alicubi jura noſtra probare ſolent. Et fortaſſis Zoanetti ſententia *tractat. de emtio. & vend. n. 137.* quam ipſe pro Treutl. citatus Teſſaur. juri magis convenire putat, probanda erit: ut videlicet ſiquidem tempore primæ venditionis fructus jam percepti & collecti fuerunt, evictio quoque fundi per actionem ex iſto pacto non niſi collectis fructibus permittetur, & interim actio denegetur. Neque movet, quod Teſſaur. objicit, ita non poſſe dici caſum, quo pacto conceſſa eſt facultas quandocunque redimendi: etenim actio iſta civiliter & ita accipienda eſt, ut certus annorum terminus excluſus intelligatur, non autem ut nimis vaga & licentioſa quocunque menſe vel die evictio fundi permittatur: quod ſi hoc expreſſe actum ſit, imputandum hoc dicam emtori, qui tale pactum adjici permiſit, & hactenus tantum ei ſuccurrendum, ut ſumtuum in culturam & curam agrorum factorum ratio habeatur.

LIT. G.

Ne quidem 30. annis.] Verior eſt ſententia contraria, quod juri quæſito ex iſto pacto triginta annis præſcribi poſſit, per textus generales *in l. 3. C. de præſcript. 30. annor. & in l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Ex quibus omnes actiones omniaque jura 30. annorum præſcriptione excluduntur & tolluntur. Et rationes Gail. per quas hoc ſe defendere ait Tr. omnino frivolæ & nullius momenti ſunt: velut illa, quod bona fide opus ſit: quoniam hæc præſcriptio nec titulum nec bonam fidem deſiderat, ſed ſola exceptione temporis & finitæ actionis reum defendit, quod exemplo actionum commodati & depoſiti apparet. Neq; obſtat *l. 7. §. 4. C. de præſcript 30 annor.* quoniam hæc obligatio non conditionalis aut ex die, ſed pura eſt; quod ſi pacti conditionem vel diem adjectam fuiſſe, proponas, exiſtente conditione, vel veniente die præſcriptionem demum currere facile admittam.

THESIS XI.

Quæ hic uſque ad lit. F. traduntur, ſatis plana & perſpicua ſunt: id tamen quod lit. D. de fructibus emtori præſtandis dicitur ad eos, qui tempore contractus extiterunt, pertinet, & amplius ad eum caſum, quo nulla mora quo minus pretium ſolveretur, fuit in emtore: cætero quin fructus lucro venditoris cedent.

LIT. E.

Digitized by Google

Lit. F.

Arbitrium dat emtori agendi aut ad rem, aut ut ipſe loquitur, ad intereſuſurium. Qua voce plane abuti videtur, quoniam intereſſe quod peti poteſt, ab interuſurio proprie dicto utique eſt diverſum. Sed & cum arbitrium illud & electio emtoris tantum habeat locum, quo caſu venditor in mora eſt, & rem injuria tradere recuſat, quod aliàs ex natura obligationis ipſa res petenda eſt *arg. l. 1. in princ. de act. emt.* male ſimpliciter hoc à Tr. arbitrium emtori datur: neq; Treutl. qui ſimpliciter de actione emtori danda hic tractat, ad caſum, quo venditor in mora eſt, reſtringi poteſt. Sed neque dicere poſſis, in caſu demum moræ de actione ex emto quæri poſſe: vel quia hic abſolute & quaſi in abſtracto, ad quid hæc actio competat, diſputatur, vel quia venditor etiam ex juſtis cauſis, velut ſi pretium non ſolvatur, traditionem recuſare poteſt.

Iure tamen Saxon.] Poſita ſententia quam ſupra veriorem eſſe probavimus, quod venditor præciſe ad rem tradendam non teneatur, nulla hæc erit differentia juris civilis & Sax. cæterum textus citat. paulo obſcurius loquitur, ſed verba finalia favent ſententiæ Tr. ſtirbt einer der ſein gut einem andern aufflaſſen ſol / deſſen Sohn iſt es nit ſchuldig auffzulaſſen / licet textus latinus hoc ad feudalia reſtringere videatur. Apparet autem textum illum de caſu quo res nondum tradita fuit loqui: ut nulla ſit cautela Tr. qua hæres tempore traditionis renunciare juri ſuo teneatur niſi forte hic typographi error eſt, & pro *traditionis*, legendum eſt, *venditionis*. & hic tamen ſcrupulum movet, quod tempore venditionis hæres incertus eſt, ut adeo juri quod hæredi futuro competit, certa perſona renunciare non poſſe videtur: utique ut maxime ipſe renuncians obligetur, non ſatis tutus erit emtor, cum jus teſtandi & hæredes quos vult ſcribendi, & liberis etiam ſuis adjungendi, liberum ſit venditori. Facit tamen pro Tr. textus *cit. art 9.* der ſohn iſt es nit ſchuldig auffzulaſſen / er habe es dan ſelber mit gelobet / oder Bürgen darfür geſetzt: licet ut paulo ante dictum iſtum locum de feudalibus latinus interpres accipiat, in quib' cum jus teſtādi vaſallo nullum ſit, certior ſucceſſor eſſe poteſt.

Lit. G.

Hic quæſitum.] Si venditor fundi accepta parte pretij pro reſiduo in inſtrumento venditionis ſibi reſervaverit hypothecam in re vendita, omiſſa ſolennitate judiciali jure Saxon. requiſita, negat venditorem iſtum præferri alijs creditoribus qui poſtea hypothecam judicialem ſunt conſequuti. Vbi intelligi oportet rem non venditam tantum, ſed ſimul traditam: illud neceſſe non erat, ut poneret in quæſtione, partem pretij ſolutam fuiſſe, cum eidem quæſtioni locus ſit, ſi nulla pars pretij ſoluta fuerit; neque neceſſum erat facere mentionem inſtrumenti venditionis, quod de eſſentia contractus non eſt: ſed illud pejus, quod venditorem præferri negat, ex quo neceſſario infertur citra concurſum aliorum creditorum, qui judicialiter hypothecam acceperunt, pactionem venditoris & hypothecam valere: & tamen contrariatur ei quod expreſſe ipſe tradit jure Saxon. non valere hypothecam rei immobilis extra judicialiter factam, quod & ſuadent verba *art. 8 in pr.* wo ein Mann ſein Eigen vergibt oder verſetzt / deß muß der Richter gezeug ſeyn: longe autem aliud eſt, hypothecam non valere, & creditorem in ejus perſecutione alijs poſtponi; velut etiam jure civili qui in hypothecam privato inſtrumento prior accepit, poſtponitur ei, cui res licet poſtea inſtrumento publico obligata fuit *l. ſcripturas 11. C. qui potior. in pign.* Cæterum quod ad ipſam rem attinet, tentari poſſit, ſanctionem iſtam juris Saxon. ad iſtum caſum ſpecialem, quo vēditor tradendo rem hypothecam ſibi reſervavit, porrigendam non eſſe: quoniam jus illud collatum cum jure noſtro, rationem habet juris ſtatutarij, quod ita explicandum eſt, ut quam minimum diſcedatur à jure communi: ſpecialis autem hic caſus eſt quo hac lege venditor rem ſuam tradidit, aliter eam non traditurus *arg. l. ult. inf. C. d. pact. int. emt.* in cujus ſpecie alia quædam pacta per ſe invalida, quod traditioni rei propriè adjecta ſunt, admittuntur. Induci ad hanc rem poteſt, quod proponitur de re, quam minor emit *in l. 1. § ultim. de reb. eor. qui ſub tut.* ubi negatur valere adjecta à venditore pactio, ut donec pretium ſolvatur, res ei pignori ſit obligata: quod ſcil. cum pignus non niſi dominio quæſito minori incipere poſſit, ita tamen jus eſt, ut res minori acquiſita pignori obligari nequeat. Hæc ſummi & ſtricti juris ratio pro Tr. facit, ſed ea non obſcure improbatur à Paul. *l. ſeq. eod. tit.* ex hac non ineleganti ratione, quod cum dominio pignus quæſitum ſit, & ab initio obligatio inhæſerit. Quæ ratio non abſurde ad quæſtionem hanc transferri poteſt, ut non obtineat Ius Saxon. ubi cum ipſo dominio pignus incipit, &c. neque dubium eſt, Pauli potius

hanc

Digitized by Google

hanc ſententiam probandam eſſe. Nimis autem prolixus in iſta quæſtione Treutl. eſt, & in F. hujus lit. in terminis juris communis commendat cautelam Fabiani de monte, ut hoc pactum inſeratur venditionis inſtrumento, (nihil neceſſum erat & hic inſtrumentum requirere,) quod venditor dominium in emtorem non niſi pretio integro ſoluto transferri velit. Quæ cautela nec apta nec neceſſaria eſt: quoniam cum hic de pignore & hypotheca quæratur, cautela iſta ad reſervationem dominii pertinet, & cum jure civili ad conſtituendum hypothecam judiciali ſolennitate opus non ſit, apparet etiam citra iſtam cautelam extra judicialiter de hypotheca venditorem paciſci poſſe. Stante autem Treutler. ſententia negativa, in terminis potius Juris Saxon. cautela utilis erit, ut venditor rei perſecutionē, quam pignoris jure nequit, jure dominii ſibi conſervet: neque abſurda hæc reſervatio erit, cum aliàs jure civili fide de pretio non habita, nō transeat dominium, non videtur autem fidem de pretio habere qui jus eum perſequendi pretio non ſoluto reſervat.

THESIS XII.

LIT. A.

Vulgata nec expedita tamē hic movetur quæſtio, an vendita hæreditate jus accreſcendi tranſeat ad emtorem, de qua præter citatos à Tr. vide *Gomeſ. 1. var. reſ. 10. n. 44. Fach. 5. contr. ult. Ant. Fab. dec. 50. erro. 5. Lycklam. 9. membran. 9.* Duplex autem quæſtio eſt, an ipſo jure & recta accreſcat emtori, an venditor quod accrevit ipſi vi contractus emtori præſtare teneatur. In priori negativam ſententiam amplector, quod jus accreſcendi profluens ex præſumta voluntate defuncti & vigore jureque inſtitutionis competens, non niſi abſurde ei tribui poſſit, de quo nec cogitavit teſtator. Sed objicitur *l. 33 in f. de uſur. junct. l. ſi totam. 83. d. acquir. hær.* ex quibus portionem portioni accreſcere probatur. Reſponderi ſolet, cum pretium maxime in univerſalibus loco rei ſuccedat *l. 22 d. pet hæred.* ſatis videri portionem habere qui pretium habet, quod firmatur *ex l. 35. §. 1. d. uſufruct.* & quod petitio hæreditatis aliquando contra ipſum emtorem, utique autem contra venditorem tanquam qui rem adhuc habeat, detur, *l. 14 § 1. de pet hær.* Verum quia hæc reſponſio nulla eſt in caſu, quo hæreditas donata proponitur, neque magis donatario quam emtori jus accreſcendi tribui poteſt, malim defendere *cum Ant. Fab. d. decis. 50 erro. 5.* illud ipſum jus, quod etiam vendita hæreditate manet penes heredem, loco portionis fungi, modo nihil ſupveniat, quod vitiū juri illi hæredis inferat. quod accidit in ſpecie, *d. l. 83. d. acqu. hær.* ubi heredi tāquam indigno portio ablata fuit, quoniā qui indignus eſt portione ſibi adſcripta, nihil omnino ex teſtamēto habere debet. Eaq; vera & adæquata ratio eſt *ad d. l. 83.* potius quā illa, qua ibidē utitur ICtus, quod rem non videatur habere: niſi ſecundū jam dicta per rem ipſum jus perſonale hæredis intelligamus, ut propter indignitatē illā perinde habeatur, ac ſi plane ſcriptus non fuiſſet, ꝙ confirmat verbum *videtur*, quoniā quoad res ipſas hæreditarias, eas nō habere hæredem indignum, certiſſimum eſt: licet etiā aliis non paucis locis ICti nō omnino exactis rationib uſi fuiſſe deprehendantur. Et tamen ratio illa *d. l. 83.* quomodocunq; accepta, de cōmuniter contingentibus & cum de hac re diſputarunt ICti, nō ſemper oēs caſus, qui unq̄ contingere poſſent & in ſpecie, vēditæ hæreditatis, reſpexiſſe videtur. Quod ſi ita præciſe portio rerū hæreditariarum hic neceſſaria eſſet, ſequeretur neceſſario, hæredem eū, cujus ultra adeuntis portio legatis vel ære alieno exhauſta eſt, jus accreſcendi nō habere, ꝙ abſurdum eſſe cōſtat. Sequitur altera pars quæſtionis, an cōmodum quod per jus accreſcendi venditor conſequutus eſt emtori præſtare teneatur: quod quo minus affirmare liceat, rationes prædictę nō impediunt, quod aliud ſit non accreſcere emtori, & emtorem quod accrevit venditori ex cōtractu petere nō poſſe, quomodo licet actiones directæ penes venditorē maneant, quicquid tamē exegit emtori præſtare tenetur; & cum per averſionē omne jus hæredis venditum videatur, quo & cōmoda & incommoda cōtinentur, nihil abſurdi videatur, jus accreſcendi etiā ea venditione comprehenſum eſſe: nec abs re eſt quod ſcribit *Licklam d. li. 6. c. 9.* cū qui jus univerſum vendit, univerſum etiā bonorum ſtatū ex eo reſultantē vendidiſſe videri: & cum emtor nominum hæreditariorum, licet ea non ſatis habuerit cognita, periculū ſuſtineat, nec iniq; lucrum juris accreſcendi ſibi vindicabit. quod in re ipſa conſiſtit, nō nudum jus & nomen hæredis reſpicit, cuiuſmodi quæ ſunt, & in ſpecie nudum jus exercendi directas actiones, hæredi venditori tantum relicta videntur. Neq; obſtabit *l. 2. §. 1. d. hæred. vend.* ubi dicitur id venditum, quod pervenit ad venditorē tempore cōtractus: vel quia poteſt videri perveniſſe, vel potius ꝙ ibi tēpus venditionis opponitur tēpori mortis vel aditæ hæreditatis, ut illud

Digitized by Google

præſtare venditor non teneatur ꝙ ante contractum ex rebus hæreditarijs perijt, non autem excluditur cõmodum quod poſtea ad venditorem pervenit: cum etiam *in pr. d. l. 2.* hoc agi dicatur ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud venditorẽ futurum eſſet. Nihil plane obſtat *l. ſed cum 6. in pr. d. bonor. poſſeſ.* quoniam hoc tantum dicimus, emtorem jure contractus lucrũ illud actione ex emto perſequi, quod jure inſtitutionis venditori acquiſitum erat. Quæ licet ita diſputari poſſint, ego tamen hic quoque in negãtem ſententiam proclivior ſum, quoniam cum totius hujus quæſtionis in eo cardo verſetur, an hoc inter partes actum cẽſeatur, ut commodum iſtud tranſiret in emtorem, quod juxta vulgatam & certam regulam juris contractus & quicunque actus non operentur aut porrigãtur ultra intentionem agentium & contrahentium, quod alias alterutri parti iniqua inferretur conditio: non poteſt noſtro caſu venditum videri neque de eo cogitaſſe contrahentes, quod an ad venditorem perventurum eſſet, & ipſe & emptor ignoraſſe intelliguntur. Et ergo cum pretium rei venditæ proportionatum intelligatur, non niſi pars jam actu quæſita, vendita credi poteſt, & inferretur venditori injuria, ſi quod ex diverſa cauſa conſequutus eſt, & in quod pretiũ conſtituiſſe credi non poteſt, præſtare teneatur, quod videri non poſſit aliud vendidiſſe, quam illam ipſam & ſolã partem, in qua inſtitutus fuit, & quam aditione acquiſivit. Et uero ſi hæredem V.C. in quinta vel ſexta parte inſtitutum eam vendidiſſe proponatur, abſurdum fuerit partem longe majorem accreſcẽtem ad emtorem pertinere debere. Secundum quę explicanda ſunt, quæ ſub titulo de hæreditate vẽdita, præſertim *in leg 2.* paſſim traduntur, quod vendatur omne jus hæredis, ꝙ tantũ ad emtorem tranſeat, quantum penes venditorẽ eſt vel futurum eſſet, ita ut etiam *in d. l. 2. §. 18.* emtor vicem hæredis obtinere dicatur: omnia nimirum iſta, & ſi quæ ſunt ejus generis alia, de parte ipſa vendita, de qua etiam tantum inter contrahentes actum eſt, ſunt accipienda. Ex his autem infertur, inanem & frivolam eſſe diſtinctionem traditam à Lycklam. *d. lib 6 c 9.* an vendiderit quis hæreditatem, poſtquam eam nude adivit, an poſtquam etiam poſſeſſionem apprehendit, ut in illo caſu, non autem hoc jus accreſcendi in emtorem tranſeat: quoniam illo etiam caſu militant & ſtringunt rationes antea adductæ & cum hæreditas ſua contineat jura, non poteſt quis cenſeri, ita vendidiſſe hæreditatem, ut tantum ea quæ actualiter apprehendit, voluerit alienata, quod hoc & naturæ contractus ſuper vendita hæreditate, & quæ de ea ſub titulo illo traduntur, repugnat, & iſta non hæreditatis, ſed rerum hæreditariarum imo fere ſingularum, futura eſſet venditio.

LIT B.

Multa hic peccat Tr. ait, emptionem hodie uno nummo rectè fieri, & diverſitas rationem inter jus novum & vetus hanc reddit, hoc ideo non potuiſſe olim fieri, quod talis venditio à donatione tum temporis diſtingui non poterat. Quæ ratio non concludit, neque ſequitur, nõ poterat diſtingui à donatione, ergo non poterat fieri uno nũmo: neque hic ambagibus opus eſt, cum vera ratio ſit in proclivi, ꝙ imaginaria vẽditio nulla eſt, & in venditione requiritur verum pretium, & ꝙ cum merce, ſi nõ exactam, aliquam tamen habet proportionem. Cui conſequens eſt, quoniam vẽditionis eadem hodie ratio eſt, eam nec hodie uno nummo fieri poſſe. Sed alia quæſtio eſt, quam à priori non ſatis accurate diſtinguit Tr. an venditio uno nũmo facta valeat jure donationis: ꝙ non improbabiliter affirmat Tr. à ceſſante ratione juris antiqui, quo, ita enim hoc explicandum eſt, nuda conventione non fiebat donatio, quod hodie ſecus poſt *l. 35. C. de donat. & §. 2. Inſt.* licet in contrarium moveat, quod conſtitutiones novæ non debeant extendi & conſtitutio Iuſtin. de illo caſu recte accipitur, ubi inter partes de donando actum fuit, neque imaginarius tractatus de vendendo protinus donationem converti debet, cum nulla ratio videatur quo minus imaginarius venditor expreſſe animum ſuum de donãdo declararet: quod ſi fraus & color in caſu prohibitæ donationis quæſitus ſit, tanto minus actus ſubſiſtere debet. Cæterum rationi ſuperiori Tr. etiam hoc obſtat, ꝙ cum nihil prohiberet jure veteri rem ab emtore in ſtipulatum deduci, hoc caſu ex ſententia Tr. inferri poſſet, venditionem uno nummo factam valuiſſe, quod etiam donatio ſtipulatione firmata effectum haberet. Porro Tr. aliam quoque rationem, cur actus ille venditionis olim nõ valeret, addere videtur, quod jure veteri non aliter ꝑ donationem dominium transferri poterat, quam ſi uno nummo res venderetur. Atquin quo modo hinc ad hujus quæſtionis deciſionem, & ad veteris novique juris diverſitatẽ recte inferatur, ego nullus video, quin inde potius concludere liceat olim venditionem

uno

Digitized by Google

uno nummo factam donationis jure valuiſſet, quod & falſum & ipſi Tr. contrarium eſt. Quin nec illud verum, quod in omni translatione ex cauſa donationis jure veteri neceſſum fuerit rem vendi uno nummo. Licet enim in alienationibus rerum ſpeciem quandam venditionis per nexum & mancipationem legamus interveniſſe, attamen 1. illud non fuit univerſale. 2. tantum intervenit & neceſſarium fuit ad effectum transferendi dominij, quiritarij. 3. tantum obtinuit in rebus, quæ mancipi dicebantur, juxta notata ſupra hac diſputat theſ. 1. l. A. denique tantum jure antiquiſſimo hoc obtinuit & jam diu ante Iuſtin. otioſas illas ſolennitates in deſuetudinem abijſſe veriſſimum exiſtimo. Poſtremo hac lit. ut obſcura plane aut inepta eſt explicatio *l. 66. d. iur. dot.* & cum cæteris quas Treutl. tanquam contrarias proponit, conciliatio. Res plane perſpicua eſt, quod in textibus initio lit. B. allegatis, agatur de venditione vera, ſed *in l. 66 de iur. dot. vendita.* celebratur ad expediendam ſolennitatem juris, ut recte loquitur ipſe allegatus Contius: quoniam cum uſusfructus mulieris contemplatione in dotem datus marito, ex ratione juris ab ipſo avelli non poſſet, & mulieri reſtituendus eſſet, cui injuria fieret, verum pretium marito præſtare teneretur, remedij cauſa introductum fuit, ut titulo tenus vẽditione interveniẽte uno nummo celebrata res in mulierem transferretur, de quo pluribus actum eſt ſupra diſ. 16. th. 10. adeoque omnia illa verba Treutl quæ nullum plane ſenſum habent, expungenda ſunt, dum ita ait; *ergo juxta l. 66 d. iur. dot. in ſe conſiderata eſt emtio ſed non valebat, quia donationis inſtar inducebat.*

Ad

DISPUTATION. XXIX. DE LOCATIONE, CONDUCTIONE, ET EMPHYTEUSI.

cõ Theſis I.

Lit. A.

Emphytheuſyn.] Sed quæ ſunt illa alia, quæ verbo locationis contineantur? Fortaſſis intellexit contractum cenſualem, libellarium, ſuperficiarium, aut precarias: licet hic minus conveniant quæ præcedunt, quod locatio contineat omnem contractum, qui conſenſu de re locanda conducendaq; perficitur: quod hæc verba generali ſignificationi repugnant.

Illud obiter.] Non videtur magni momenti hæc obſervatio, & vix puto, locationẽ conductionem unius verbi inſtar in jure noſtro uſurpari.

Lit. B.

Iuris gentium.] Nihil neceſſum erat hanc differentiam adjicere, quia non propria eſt, ſed communis, cujuſmodi & altera in definitione poſita, *ſolo conſenſu initur.*

Lit. C.

Neq; literas.] Reſpicere videtur Tr. ad contractuum diviſionem quadrimẽbrem à Iuſti. traditam Inſtit. de obligation. quam nos *diſp. 20. th 2.* refutavimus: cæteroquin literis ſimpliciter cõſiderans dicendum potius fuiſſet, quod hic contractus utpote conſenſu conſtans per literas fieri poſſit *arg. l. 2. d. pact. & l. 1. §. ult. de contrah. emt.*

Vel tacite vel expreſſe.] Atqui cum locatio cõtractus verus ſit, qui à quaſi cõtractu hac qualitate conventionis diſtinguitur, non videtur, niſi expreſſe contrahi poſſe, vel hoc etiam argum. quod ad conſtitutionem certæ mercedis conſenſus expreſſus requiritur. Neque obſtet *l. 13. §. fin. h. t.* in quo non de locatione ab initio conſtituenda, ſed jam conſtituta renovanda & continuanda tractatur: veluti ſi fundo in annum locato, dominus porro conductorem ibi manere patiatur, ſub eadem mercede repetita locatio cenſetur: Aliud tamen exemplum tacitæ conductionis affert *Mozz. hic d. diviſ. locat. n. 11* ſi quis ædes ſciente & patiente domino inhabitet: & ſingulis annis certam penſionem ſolvat.

Lit. D.

Et ſic primum differt.] Liquidum hoc eſt, quod locatio non transferat dominium & in ſpecie *l. 31. h. t.* non tam eſt caſus ſingularis, quam potius aliud genus locationis irregularis proponitur, & quod ultiſſimos locationis terminos excedit, quomodo de depoſito reſponſum eſt *id l. 24. depoſito.* De verbo *poſtulatum*, placet ſententia *Turneb. 24 adverſar. 2.* ubi notat etiam *puſculatum* eod. ſenſu legi poſſe, quin & *poſtulatum*, quod confirmat locus apud *Sueton. in Nerone cap 44.* ad quem Caſaubonus teſtatur, conſtanter in exemplaribus omnibus legi, *poſtulatum.*

Lit. F.

Non ſatis recte ad naturam hujus contractus in theſi utitur verbo præſentis tẽporis, *mutatur*: quoniã cum contractus hic cõſenſu perficiatur, dicendum potius, de fructu vel opera cum certa certâ mercede mutandâ.

Certa mercede.] Eadẽ hic locationis ad mercedẽ, quæ emtionis ad pretiũ ratio eſt *l. 2. in pr. h. t.* ideoq; huc trãsferenda, notata *diſp. præce. th. 6. lit D*, & rectius huc relata fuiſſet diſput. th 3, lit. 3.

Digitized by Google

Ex qua arguunt.] Improbat hic ſententiam eorum,qui locationem valere putant , non expreſſa certa quantitate mercedis, ſi hujus determinatio ex conſuetudine ſumi poſſit. Eſt autem conſuetudo alia loci, alia patrisfam.& amplius hic intereſt,an uſus rei ſimpliciter , an cum ratione ad conſuetudinem conceſſus ſit. Priori caſu non erit locatio, quod ejuſmodi conſuetudo neceſſitatem ita locandi nemini imponat,neque adeo certitudinem mercedis,quæ hic requiritur, inducat:poſteriori caſu locatio erit, veluti ſi dominus locare ſe dicat fundum,quanti aliàs locari ſolet,vel quanti ipſe aliis antea locavit. Quod autem attinet ad *l.18. C. h. t.* in ea omnino præſupponenda videtur certa merces, cum ibi proponatur locatio jam aliquot annos duraſſe , ut proinde cum mercedem ſæpius ſolutam fuiſſe appareat,non poſſit conſuetudo præterita aliter explicari, niſi quæ ſit circa bonitatem frumenti antea ſoluti cum Salicet. vel ſi dubitetur , de quantitate initio conſtituta, ex tempore præterito de hoc ſtatuatur,ut ſcilicet ex ſolutione tot V.C.modiorum frumenti, aliquot annis facta, eam quantitatem loco mercedis initio conſtitutam fuiſſe præſumatur:enimverò ſi nullam mercedem neque per ſe neque per relationem certam conſtitutam fuiſſe conſtet,non locatio, ſed contractus erit innominatus.

Atque hinc præpoſtere.]Pergit porro Treut.improbare eos,qui ex ante traditis inter emtionem & conductionem differentiam ſtatuunt. Ea autem non omnino videtur eſſe de nihilo , quia cum emtio in perpetuum & ſemel uno pretio rem totam transferat, non poterit commode ad conſuetudinem pro definiendo pretio recurri, maxime propter gravitatem præjudicii , quod ceſſat in locatione,quæ fere annua eſſe ſolet: & cum conſtet ex *l.13.§.ult. hoc tit.* tacite repeti locationem in ead.perſona ſub priori mercede, nõ abſurdum fuerit, repeti in perſona diverſa,præſertim ſi ſtatim finita locatione res alteri locetur.Secundum hæc ſtatui poteſt, aliquando futuram locationem etiam citra expreſſam relationem , ubi videlicet aliàs res ſolita fuerit locari pro certa mercede, quo modo hanc ſententiam accipit *Gomeſ.2.variar.reſol.*2 *n.4.* Cæterum autores à Treut.allegati hanc differentiam emtionis & locationis non tradunt.*Bartol.& Salic.* ita ad conſuetudinem non expreſſa mercede recurri dicunt ut plerumque contractum innominatum eſſe fateantur:neque aliud Bald.tradit, niſi quod conſuetudinis ſic habenda ratio. Cæterum Alexander in aliis plane terminis docet, quod conductus ad officium aliquod, intelligatur conductus cum conſueto ſalario ; & adhuc magis diverſus Jaſon.hoc tantum docet, quod bonum ſit argumentum ab iis,quæ ſolita ſunt fieri,locationis in ſpecie non meminit. Quæ ſcilicet oſtẽdunt autores iſtos aut nullo modo, aut nimis negligenter à Treut.inſpectos fuiſſe.

LIT. H.

Improbat hic ſententiam Dd. circa definitionem locatoris & cõductoris. Verum cum ab ipſo Tr.locatio definiatur contractus, quo uſus rei, vel perſonę,id eſt,opera,certa mercede mutatur, optima conſequentia,res & opera locari dicetur, & conſequenter qui mercedem accipit locator: qui dat,conductor erit. Nimirum locatio eſt ut jam dictum rei vel facti,id eſt , in uſu rei vel perſonæ ejus effectus ſpectatur;illo caſu idem ſemper eſt locator & conductor,hoc diverſo reſpectu idem & locator & conductor dici poteſt: illud quatenus dicitur locari opus faciendum,hoc quatenus alterius operas conducit : quomodo ex adverſo idem opus faciendum conducere, & operas locare dicitur : prioris modi loquendi exempla paſſim apud autores occurrunt, & in jure noſtro *in l 11 § pen.l.13 §.1.& 3.l.10.§.7. leg.23.§. pen.l.30.§.3 l.48.in pr.l.51.§.1.l.60.§.3.l.62. h.tit.* poſterioris modi exempla occurrunt *in l. 1. in pr. d. æſtimat. al leg.3.de his qui not. infam. l. 1. §.6. d. poſtul.l.19.§.9 & l.38 h.t.* & in terminis *in l.22.§. 1.eod* qui aliquid faciendum recepit , locator & conductor vocatur.

THESIS II.

Pro regula proponit , quod locari poſſint res in commercio poſitæ:cui regulæ miror exempli loco ſubjici uſumfructum,& ſimiles res, in quibus hæc res minus perſpicua eſt , cum ex Dd. communi ſententia, non tam ipſe uſusfructus, quam commoditas utendi locata cenſeatur, de quo ſupra *diſp.16.th.10.* Nec video quaſnam intelligat ſimiles res uſusfructui, præter habitationem, quæ ex conſtitutione Juſtin.locari poteſt, uſus autem non poteſt *§. 1. & ſeqq. Inſt. d. uſ. & habit.*

Adde etiam iura.] Exemplum affert citatus Bart.de jure percipiendi pedagii : quod tamen cum ſit ſpecies quædam regalium , haud ſcio an recte huc,& inter ea quæ ſolo cohæręt,referatur.

Sed prædii ſervitutẽ]Servitutẽ prędii locari poſſe negat,ꝗ cohæreat prędio. Quæ ratio licet Bar-

toli

Digitized by Google

toli ſit, tamen nõ videtur bona, ꝙ ipſe Bart. & cũ eo Treurl. jura ſolo cohærentia aliqua locari poſſe cõcedunt. Neque ſatisfacit diverſitas hæc, quod ſervitutes illæ non tantum prædio inhærent, ſed etiam alteri prædio debentur. tũ quia magis, imo fere tantum inhærere videntur prædio ſervienti, ut nihil prohibeat, quo minus ſubſtitui poſſit aliud prædium dominans, cujus utilitatem reſpiciat ſervitus, quæ ſc. locanda ſit domino prædii vicini: quod exemplo pignorationis confirmatur, quæ ſi non obſtante illa ratione Tr. admittitur, juxta tradita ſupra *diſput. 17. th. 12.* etiam admitti poterit locatio. 2. ratio iſta Tr. non impedit, quo minus per locationem ſervitus ab initio conſtitui poſſit: ſed hæc potius, quod naturæ ſervitutum repugnat, ut, præſertim expreſſe ad tempus conſtituantur *l. 4. d. ſervit.*

L i t B.

Etiam aliena.] Hæc quæſtio in omnibus fere contractibus occurrit, & hactenus locatio valebit, ut conductori ignoranti efficaciter obligetur locator: cæterum qui rem alienam ſciens locat, contra officium facit, imo ſi res mobilis ſit, furtum committit: quod ſi tamen cum eo dominus non concurrat, quo minus conductor mercedem præſtet, jure non recuſabit.

L i t. C. & D.

Etiam conductoris propriæ.] Minus commode dici videtur locari res conductoris proprias: rectius, rem poſſe locari ipſi domino: quod accidit in rebus pignori datis *l. 37. de pignorat. action. l. 37. d. acquir. poſſeſ.* quibus locis proponitur dominus rem ſuam pignoris jure in creditorem translatã, ab eo conduxiſſe: & proinde in genere negandum non erat liter. B. conduci poſſe res proprias, à qua phraſi revera non differt, quæ in theſi ut diverſa proponitur, locari poſſe res conductoris proprias: ideoque propoſitioni & regulæ negativæ, quod conduci non poſſent res propriæ, ex dd. textibus exceptio ſubjicienda erat. Sed videamus de exemplis, quibus Tr. locari res proprias conductoris, vel clarius rem propriam cõduci oſtendit: & ait hoc obtinere in rebus donatis & venditis quod ex textibus citatis explicandum eſt: & quod ad donatas res attinet, *ex l. 77. d. rei vindic.* id non probatur, ſed hoc, quod donator rem à donatario conducens, nomine coloni eam tenere incipiens, hoc ipſo poſſeſſionẽ, & conſequenter præſuppoſito titulo habili etiam dominium transferre intelligatur. Et cum igitur ipſo puncto conductionis, poſtquam donator nomine donatarii poſſidere cepit, dominium ab illo abeat, dici non poteſt, quod hoc caſu res propria conducatur. Quod ad res venditas attinet, duplex omnino caſus erat diſtinguendus: alter ſimilis caſui præcedenti, cum conducit ipſe venditor, & hoc modo poſſeſſionem dominiumque transfert in emtorem, quo caſu juxta præcedentia res propria conduci non recte dicitur: alter cum conducit emtor, velut in ſpecie *leg. ii qui 11. § ego 12. verſicul. quod vi aut clam.* ubi fundum ſub pacto addictionis venditum interim conducit emtor, & *in leg. 20. §. 2. cum legibus ſequentibus hoc tit.* ubi emtor conducit fundum, donec pretium ſolvatur. Et hoc quoque caſu nõ recte puto dici, quod conducatur res propria, quoniam fundus non ex cauſa venditionis, ſed magis locationis, ex qua non tranſit dominium, emtori traditus videtur, qua de cauſa *d. l. 20. & ſequentib.* actio ex locato contra emtorem datur, & aliàs communi jure fide non habita de pretio, nec traditione ſequuta dominium in emtorem non transfertur. Alia controverſia movetur lit. D. de explicatione & conjunctione *leg 20. §. ult. cum ll. ſequentib.* Et Cujacius quidem quem Tr. ſequitur *l. 22. in pr.* vult & emendari, ut pro, *item*, legatur, *id eſt*, & conjungi cum fine *leg. 20.* quaſi unicus ſit caſus, quo contractus hic claudicat, cum rem ſub lege commiſſoria venditam emtor interim conduxit. Quæ ſententia merito diſplicet *Roberto 1. animadverſion. 11.* Equidem *leg. 22.* optime cohæret cum *leg. 21.* in quibus duo caſus proponuntur, quibus ex locato venditor fundi agit: unus quo venditio poſtea ſoluto pretio cõfirmatur: alter ex quo pacto commiſſorio contractus reſolvitur. Quod ſi quis oſtendat, cum illo caſu contractum claudicare, utique jugulata erit Cujac. opinio. Duplicem quæſtionem eſſe recte obſervat Robert. *d. loc.* ſcilicet rei nondum traditæ, & rei jam traditæ: priori caſu conductori eidemque emtori non ex conducto, ſed ex vendito actionem competere ſtatuit. Verum cum res ex cauſa locationis tradatur, ex conducto potius agendum fuerit aut non minus venditori, quam emtori ex vendito agendum erit: apparet autem *in dd. ll.* de caſu rei traditæ diſputati, quoniam de exigenda mercede diſputatur. Et hoc caſu omnimodo ex locato aget venditor nomine mercedis pro rata temporis, quo pretium ſolutum non fuit: re autem v. c. corrupta & conſumta, ut ſibi frui liceat, vel ut intereſſe præſtetur, quod aliàs in locatione vulgari juris eſt, emtor

Digitized by Google

agere non poterit, quod propter emtionem cõjunctam, quam implere penes emtorem eſt, periculum rei ad ipſum ſpectat: quomodo hoc recte accipit & explicat *Accurſ. in ſæpe d.l.* 20. *§. ult. cum ſeqq. D.h.t.*

LIT. E.

Etiam communes.] Subjicit in exegeſi, hoc fieri poſſe partium conſenſu. In quo nulla plane dubitandi ratio, neque hoc ſeorſim proponere neceſſum erat, quod res communes utriuſque propriæ ſunt, de quibus actum lit. B. Plane eo ſenſu, quo res alienas locare poſſe dixit *dict. leg. B.* etiam ab alterutro tantum res communes poterunt locari.

An mulier locationi.] Quæſtio hæc, an mulier teneatur ſtare locationi factæ à marito, vel vice verſa, potius proponenda erat eo loco, ubi agitur de tranſmiſſione obligationis in ſucceſſores & diſtinguendum inter univerſales qui tenentur *l.* 10. *h.t.* & ſingulares, qui non tenentur *l. emptorem* 9. *C. eod.* Ex quo recte infert Treutler. *in verſ. ſed an viciſſim.* maritum utpote qui ſucceſſor ſingularis eſt, non teneri ex locatione, quam uxor fecit ante dotis conſtitutionem. Sed deſiderari poteſt judicium Treut. qui diverſum ſtatuit in quæſtione inverſa, an mulier locationi, quam maritus fecit conſtante matrimonio, eo ſoluto ſtare teneatur: hoc enim affirmat Treutl. in locatione ad modicum tempus facta. Atquin regulariter jure noſtro omnis locatio ad modicum tempus fieri intelligitur: neque ratio apparet, quare minus maritus quam uxor, (uterque autem eſt ſucceſſor ſingularis,) ad contractum ſervãdum teneri debeat, cum etiam potior ratio pro uxore eſſe videatur, quæ præſertim poſt *l.* 30. *C. de jur. dot.* dotalis etiam cõſtante matrimonio domina permanſit. Neque facit pro Tr. *l.* 25. *§. fi. ſol. matr.* quia imo locus ille retorquetur: quoniam eo ipſo quod mulier cavere tenetur marito, eam obligatam non eſſe conſequitur, quoniam cautionis hic effectus eſt, ut quod maritus colono expulſo ejus quod intereſt, nomine præſtitit, ab uxore vigore cautionis conſequatur. Ratio autem & æquitas hujus cautionis, quæ ab alio ſucceſſore ſingulari non exigitur, in eo conſiſtit, quod maritus tanquam jure civili dominus rem ab uxore ſibi traditam bona fide locavit, eaque non libera ejus voluntate utique ad hoc non directa, ſed ex ratione & neceſſitate juris ad uxorẽ reverſa eſt. Et hoc ſc. eſt quod tradit *Cyn. in l. emtor.* 9. *C. h.t.* quod mulier teneatur ſtare locationi non præciſe, ſed cauſative: quod diſtinctius explicat Sal. *ibid. n.* 5. quod mulier non tenetur præciſe ſtare colono, qui ex conducto adverſus eam ſe tueri non poteſt, ſed expulſus aget contra maritum, & hic ex cautione contra mulierem, & iſto reſpectu cauſative tenetur ſtare colono, quod ad hunc finem cautionem præſtat, citra quam maritus condemnatus regreſſum contra uxorem nõ habebit. Plane non obſtat, quod ex ratione juris veteris etiam dominium fundi dotalis in hæredẽ tranſibat *l* 1. *d fund. dot.* quoniam 1. etiam divortio ſolvitur matrimonium. 2. hic non de caſu durantis adhuc juris mariti, ſed per actionem dotis plane extincti tractatur 3. poſtquam nova conſtitutione *in l.* 30. *C. d. iu. dot.* aucto mulieris jure vindicatio ei data eſt, vix eſt, ut amplius dominium in hæredem tranſire poſſit. Porrò varias diſtinctiones inter ſucceſſorem ſingularem ex voluntate & neceſſitate, & circa hunc diſtinctiones, vide *apud Cyn. d. l.* 9. *C. h t. & Bart. in d. l.* 25. *§ ult. ſolut. matr.*

Et ſic etiam jure Saxon.] Accommodat hoc ad quæſt. poſteriorem, an maritus teneatur ſtare locationi uxoris, in hanc ſententiam, quod per conſtitutionem electoris Auguſti, textus Iuris Sax. ex quo alii generaliter volunt non obligari hæredem, intelligatur de bonis uxoris non locatoris propriis ut nimirum maritus poſt mortẽ uxoris ſtare locationi non teneatur. Hactenus verba Tr. in quibus non video, quomodo non vitioſa applicatio: ſiquidem proponitur *in verſ. ſed an viciſſim.* locata res fuiſſe ab uxore, antequã huic marito nuberet; ſed hic facta ab uxore conſtante matrimonio: aut ſi antea factam intelligas non niſi inepte quæreretur de morte uxoris. Porro cum Iure Sax. communio quædam omnium bonorum introduci dicatur, ut ipſe Tr. ſupra *diſp.* 6. *h.t* 6. & omnium bonorum uxoris adminiſtratio marito concedatur, non animadverto quomodo citra conſenſum mariti mulier locare rem potuerit. Sed & amplius cũ Ius Sax. de hærede loquatur, eo utiq́, maritus uxoris hæres non eſt. Haud ſcio qui factum ut hic impingeret Tr. in re ſatis manifeſta: quoniam hic ſenſus eſt conſtitutionis Auguſt. quod putatur generale eſſe in quibuſcunq; hæredibus, id reſtringendũ eſſe ad hæredes uxoris, cuius bona à marito utpote legitimo adminiſtratore conſtante matrimonio locata fuerunt, ita n. habent verba: Es wird hinwider ſolcher text gemeiniglich nit von deß locatoris eigenẽ/ſondern von andern als deß Weibs gütern verſtanden. Neq; obſcura ratio eſt, ꝙ hæredes

vxo-

vxoris ratione mariti,à qua cauſâ non habēt,ſuc ceſſorum ſingulariū vicē habent, putarim tamen hæredes marito,qui bona fide egit, de indemnitate cavere teneri,atq; *d.l.25 § ult ſol.matr.*Ex his apparet, caſum conſtitutionis Saxon. Auguſti non eſſe,quo mulier locavit,ut male hoc applicat Rr.ſed quo locavit maritus.

Lit. F.

Etiam feudum.] Hoc controverſum non eſt, ſed quod in exegeſi additur, poſſe locari ad longum tempus:ꝙ negant *Dd Clar.§.feudum,q.33 & ex eo Mozz.hic.col 2. de reb n.*8. cujus rei deciſio pendet à quæſtione *th.4 lit.C.*an ex locatione ad lōgum tēpus ius reale,& ut Dd. loquunrur, utile dominium transferatur. Treut. porro ſententiæ ſuæ hanc adfert hac lit. rationem, quod feudum ſit ſpecies uſus fructus generatim accepti.Vbi nō ſatis liquet,quid intelligat per uſumfructum generatim acceptum; quoniam huius duæ tantum traduntur ſpecies cauſalis & formalis. De illo ita jus eſt, ꝙ Dominus plenus retenta proprietate uſumfructum quocunq; modo ſeparare,& alteri cōſtituere poſſit,ꝙ genus uſusfructus Vaſallo cōcedi nō poteſt,ſed& formalis,cū ipſe ſpecies uſus fruct⁹ ſit, nō recte dicetur feudū uſusfructus generatim accepti ſpecies. Sed nimirum Tr. voluit feudū ſeparare ab uſufructu jure noſtro cognito: ꝙ animadverteret aliquas feudi qualitates ab uſu fructu illo eſſe alienas: ſed fortaſſis rectius dixiſſet eſſe uſumfructū pleniorem, aut potius,juxta notata ſup.*diſp 16*.eſſe plus quam uſumfructum, quod jus illud perpetuū cum annexo vindicandi jure,uſufructui quomodocunq; conſiderato nō cōvenit.Eſt & alia de cauſa collectio iſta ab uſufructu ad feudum vitioſa, quod uſusfructus non locari tantum,ſed etiam vendi poſſe, traditur,de quo *diſp.*16. & feudum tamen vendi non poſſe, conſtat,ſicut nec permutari nec donari,quæ omnia uſufructuarius poteſt Rectior ratio pro Tr. fuerit,quod locatio talis,neq; oppignoratio neq; alienatio ſit,de quo *d.th.4.lit.C.* Illa porro aſſertio Treutl. quod dominium utile iure civili ſit incognitum,adeoq; nullum,dupliciter laborat 1. quod fortaſſis licet verba deſint, res ipſa tamen, & jus aliquod dominio proximum non ſit à jure noſtro abhorrens.Deinde vitioſa collectio eſt, ꝙ jure conſuetudinario vel lege etiam preter jus civile aliquid poteſt induci,de quo pluribus actū ſupra *diſp.15.th.* 1. *lit. G.* Addit denique Treutl. ſtante communi ſententia, quod vaſallus rem in longum tempus locare non poſſit, eum tamen excuſari ſi pactum adjecerit, ne utile dominium tranſeat. Equidem poſſit forte vaſallus à pœna privationis propter mentem ſuam ita declaratam liberari: cæteroquin dubito, an tali pacto tranſlatio dominij utilis poſſit impediri. ſiquidem ex natura huiuſmodi locationis iſtud tranſeat, quod fortius traditio cum titulo habili quam pactum operetur: velut ita re ex cauſa venditionis tradita,pacto dominij tranſlatio non poterit impediri. Ex quo prius etiam illud de excuſando vaſallo dubium redditur, quod aliàs etjam re vendita ſub ejuſmodi pacto, ne dominiū tranſiret,excuſari poſſit: niſi quis hanc differētiæ rationem dederit, quod opinio de transferendo utili dominio ex cauſa locationis diuturnæ, autoritate potius Dd. quàm certo jure nitatur, & quod cum locatio ex ſe titulus inhabilis ſit ad transferendum dominium,facilius in noſtra ſpecie effectus iſte pacto impediri poſſit: cum præſertim etiam tranſlatione utilis dominij domino jus ſuum non auferatur,quandoquidem vaſallus etiam ſubinfeudare poteſt; quod tamen ſpeciali jure & certis limitibus receptum, ad alia, v.c, conceſſionem in emphyteuſin porrigendum non eſt.

Lit. G.

Tractatur hic de locatione factorum, qualia ſunt: non omnia nec quævis,ſed locari ſolita,ut docet IC. *in l.5 §.at cum do.de præſcript verb.* circa cujus rei definitionem,quam Treu.tradit miram Dd.variationem non deprehendo:nam *& Bald. Salicet. Caſtrenſ. in dict.§. at cum do.* ubi propria hujus rei ſedes,nihil hac de re diſputant, & ibid. Iaſon.ait hoc à Dd. communiter non tangi. Bartolus diſtinguit inter mere facta,quæ ſimpliciter facit objectum locationis, & quæ habent admixtum aliquid juris, quæ ſubdiſtinguit in momentanea, quæ hinc removet, ut manumittere, fundum vendere,& ſucceſſiva, quæ etiam objectum locationis facit velut cauſam in foro agere. Verum re bene perpenſa non apparet,quomodo ex momentaneitate aut puritate facti recte hæc quæſtio decidatur:quin ſi quis alteri, ut rem ipſis vendat, mercedem conſtituat, locationem eſſe putarim, vel arg. *l.rogaſti 19 §.1 de præſcr.verb.* ubi locatio eſt ſi quis alteri mercedē dat, ut rem ꝓ ipſo oppignoret:& amplius illo textu, ꝙ factū iſtud aliquid habeat iuris,ſentētiā Bart.fortiſſime refutari ait Iaſ.Definitio Vultei ꝗ Tr ꝓbat,paulo obſcurior videtur, neq; ſatis apparet,quid ꝑ rem alteri⁹ intelligat,an corp⁹ aliq᷈,& nimis anguſta fuerit definitio, & refutari *ex d.l.19.§.1.* an ſimpliciter

Digitized by Google

citer negotium, & itidem obſtat, quod ita poſtulare & advocatiam præſtare non ſunt facta locari ſolita, ſicut& refutat illam ſententiam, quod *in l.1. in pr. ſi menſor falſ. mod.* negatur actio locati cum tamen opera in re mea præſtetur. Mihi principalis diſtinctio huius rei à qualitate ipſa facti petenda videtur, quod propter grauitatem & dignitatem ſuam ſpernat cōpenſari & æſtimari mercede, cuiuſmodi eſt opera advocati, medici &c. quæ videtur eſſe ſententia ex Dd. relata *à Mozz. hic col. 2. n.* 10. In aliis factis intereſſe dicam an ex eo utilitas redeat ad alterum nec ne, quoniam hic locationis finis eſt, ut commoda noſtra promoveamus: & in locatione hinc merces, hinc uſus & utilitas requiritur: atque ita defendi poteſt ſententia *Ia . in l. 5. §. at cum ff. de præſcr. verb.* ubi facta locari ſolita definit, ex quibus ad alterum redit commodum pecuniarium: ut ſc. ſententia hæc reſtringatur ad hoc genus factorum, quæ mercede æſtimari & poſſunt & ſolent. Illud autem non probo, quod ut locatio ſit, Iaſ. ibid requirit, ut perſona operas locare ſit ſolita, quoniam à perſonæ qualitate hæc res variari non poteſt: & facit *d. l. 19. §. d. præſc. verb.* etenim rem ſuam pro alio oppignorare, non eſt factum quod quis exercere ſoleat: & ſi quis non artifex, ſed qui v. c. pingendi artem animi gratia didicit, operam ſuam pro mercede alicui addicat, non dubitaverim eſſe locationem: neque obſtat *l. 1. in pr. ſi menſor falſ. mod.* quia ibi non perſonæ, ſed facti qualitas ne locatio dicatur, impedit. Cęterum hæc circumſtantia hoc operatur, ut ubi nulla merces expreſſe conſtituta eſt, an actio ei qui operam præbuit danda ſit nec ne, diiudicetur, arg. *l. 22. de præſ. verb & §. 1. Inſt. locati.* de quo etiam *diſp. 27. th. 1. lit. E.*

Huc pertinet hodie.] Aliquid hic prôponit de operis famulorum quas hodie liberi homines mercede locare ſolent, quam negant iis deberi ſi ante tempus diſcedant niſi nimiam ſævitiam domini probare poſſint. Ego vero exiſtimo ſufficere mediocrem imo aliquam etiam quamcunque ſævitiam probari: quoniam homines liberi ſunt, & ex contractu obligantur & conveniuntur, neq; ulla in eos permiſſa caſtigatio, niſi hoc reſpectu, quod utpote fere pauperes aliorum imperio & cuidam quaſi poteſtati ſe ſubiiciunt, & dum ad miniſteria domeſtica ſe obligant, hoc ipſo ſi quid negligant aut offendant caſtigationem quādam, ſed quę ſit citra omnem ſævitiam heris in ſe permittere videntur. Nec quicquam facit pro Tr. §. *ſed hoc Inſt. d. his qui ſunt ſui &c.* quoniam à vere ſervis, de quibus ibi agitur, ad iſtos famulos nulla illatio.

THESIS III.

LIT. C.

Permiſſum hic ait eſſe contrahentibus ſe invicem decipere etiam in foro conſcientiæ, neque hoc contrarium eſſe officio boni viri. Quod facile admiſerim appellatione viri boni latius ſumpta, ut opponatur viro malo & improbo, cæterum verbis illis proprie, & philoſophice præſertim Stoice ſumtis, magis eſt ut iſta ſententia falſa ſit, iudice etiam *Cic 3. off.* ubi ait virum honeſtū eſſe, innumerabilibus officiis & laudib. contineri. Et audiamus ipſius fere in terminis hac de re ſententiam: proponit ibi duplex exemplum, alterum eius qui ædes proſcribens venales, vitium earum non indicat & emtorem errare patitur, alterum eius, qui cum frumentum in civitatem aliquam fame laborantem advexiſſet, & alios mercatores cum frumento propediem adfuturos ſciret, hoc ipſum cives, ut frumentū ſuum carius diſtraheret, celavit. Relatis diverſis opinionibus ipſe ita pronuntiat: non videtur nec frumentarius ille, nec ædium venditor celare emtores debuiſſe nec emolumenti ſui cauſa ignorare permiſiſſe eos, quorum id intereſſit ſcire: hoc celandi genus non eſt hominis aperti, non ſimplicis, non ingenui, non iuſti non viri boni; verſuti potius, obſcuri, aſtuti, fallacis malitioſi, callidi, veteratoris, vafri. Hactenus Cic. Et ſi quis ædes carius locet vel vendat quam ipſe cōducturus vel emturus eſſet, & eo pretio quo eas vel earum uſum indignum eſſe iudicat, fecerit utique contra officium boni viri. Proinde in foro conſcientiæ huic ſententiæ non erit locus, quod præſertim in hoc ſeruetur ius ſimplex naturæ, quod convenit cum iure Decalogi, quo iubemur proximum diligere ſicut nos ipſos Neq; pro Tr. faciunt citati Bal. & Salic. ex quib. ille *in rubr. C. d. contrah. emt. q* 12. hoc tantum ſcribit, quod ſecundum vulgarem contractuum naturam quiſq; promovere ſtudeat utilitatem ſuam: hic autem *in auth. ad hæc C. d. uſur.* ubi prolixe hanc quæſtionem tractat, potius contrarius tum demum abeſſe peccatum ſtatuit, ſi emtor nō putet pluris rē valere: quo quidē caſu nulla omnino deceptio intervenire dici poteſt.

LIT. C & D.

Ait mercedem definiri vt ab ipſis contrahentibus vel alieno arbitrio. Quæ comparatio non ſatis accurata videtur: quia longe alia ratio eſt il-

lius

Digitized by Google

ſtus & huius definitionis. vel quod ab alteturto contrahentium definiri non poteſt, vel quod ſub hac conditione aut modo quanti alteruter æſtimavit, nec ſuſpendi poteſt, quomodo ſuſpenditur arbitrio collato in tertium, quo caſu quia hoc non definiente nullus eſt contractus *l. ult. C. d. contrah. empt.* §. 1. *inſt. l.* 25. *in. pr. D. loc.* (qui textus ꝙ obiter moneamus, procul dubio eſt Trib. *exd. l. ult.* (magis cōditionalis locatio cōtracta videtur. Sed & illa illatio incōmoda eſt, ꝙ cū dixiſſet in th. mercedem definiri alieno arbitrio, ſubiicit in allegatis, ideoq; arbitrium tertii modo certi negotio collato ſententia eius valet: quoniam ex eo quod in alterius arbitrium conferri poteſt, non recte colligitur, quale & cuius ſit illud arbitrium: ſed & potius dicendum erat, contractum valere, eo videlicet definiente, quam ſententiam: cum præſertim Tr. reductionem ad arbitrium boni viri concedat. In eo deniq; quod lit. D. in fin. ſubiicit, pactum tamen legis commiſſoriæ in locatione habiturum locum, nulla plane cum præcedentibus, de mercede alieno arbitrio definienda, connexio eſt.

Lit. E.

Sed iam de illo quod à Tr. probari diximus & ſc. hac lit. traditur, quod iniquitas arbitrii per reductionem ad arbitrium boni viri corrigatur, amplius videamus. Eam quidem ſententiam probant *gl. Cyn. Bal. Salicet in l. ult. C. de contrah. emt.* ſed contra eam ita diſputari poteſt. 1 quod *d. l. ult. & in* §. 1. *l. eod.* dicitur omni modo contractui ſtandum eſſe & ſecundum æſtimationem factam ad effectum eum deducendum eſſe 2. quod *in de l. ult. inſ.* eorum ſententia diſerte improbatur, qui ad arbitriū boni viri recurrendū eſſe. exiſtimabāt. 3. quia per æſtimationē illā pars aut læditur infra dimidiū, aut ultra dimidium: priori caſu non videtur admittenda reductio, quod hactenus ipſis quoque partibus ſe circumvenire licet, & ex dd. textibus colligitur, quantitate iuxta partium volūtarem à tertio definita, perinde habendum ac ſi ab ipſis partib. definitum fuiſſet: poſteriori caſu nihil opus videtur arbitrio boni viri cū etſi ab ipſis partibus pretiū dictum eſſet, locus ſit remedio *l. 2. C. d. reſc. vend.* reductio autem illa remedium plane ſubſidiarium videtur. Neque obſtabit *l. 76. pro ſocio*, vel quia ſocietas fraternitatis quædam ſpecies æqualitatem deſiderat maiorem, vel quia textus citati oſtendunt, quod Iuſt. in emtione & locatione ſpeciali quid ſtatuere voluerit, vel quia non ut taxatio pretii, ita certarum partium aſſignatio eſt de eſſentia ſocietatis, quod in dubio partes intelligantur æquales §. *primo inſt. d. ſociet.* Et in ſpecie *d. l. 76. pro ſocio* magis arbitrium indefinitū boni viri, q̃ certi electū cenſetur, ita ut Nerva in ſpecie *d. l. non definiente*, nihilominus boni viri arbitrio partes definiendæ ſint, ſed in caſu noſtro nullus eſt contractus tertio illo non æſtimante, ut adeo huic æſtimationi plus videatur tribuendum. Hæc licet ita diſputari poſſint, non tamen deeſt, quod pro communi ſententia tribus ſuperioribus obiectionibus teponatur: & ad primam dici poteſt verbum, *omnimodo*, civiliter eſſe accipiendū, ut excludatur caſus nimiæ inæqualitatis, iniquitatis, & arbitrii pravitatis, q̃ arguit dolum arg. *l. 79. pro ſoc. & l.* 36. *d. V. O.* Ad ſecundā reſpondetur, quod *in d. l. ultim. Cod. de. contrah. emt.* excluditur arbitrium boni viri, pertinere ad caſum, quo tertius ille arbitrari noluit, quo caſu nullum eſſe contractum, neceum defectum per arbitrium boni viri ſuppleri voluit Iuſt. Vbi omnino notandum eſt, quod quæ dicitur reductio ad arbitrium boni viri, non ſit remedium quoddam per ſe ſubſiſtens, ſed accedere & inniti inſtitutæ ex contractu actioni, quod eleganter probat *l. 79. pro ſocio*, ubi ait ICtus, quod pravitas arbitrii per iudicium bonæ fidei corrigatur, ita ut vir ille bonus nihil aliud ſit quam iudex. Ad tertium reſpondetur quod remedium *l. 2. C. d reſcin. vend.* ceſſat ubi ſupereſt alia actio ordinaria velut hic actio ex contractu, per quam iniquitas corrigitur *d. l. 79* pro ſocio, ex qua apparet remedium iſtud extraordinarium non eſſe: ſed & læſionem, paulo graviorem quæ etiam ſit infra dimidium, æquitate iudicii corrigi ratio ſuadet, argum. *l. 3. Cod. communia utr. iud.* neceſſum eſt eandem omnino eſſe rationem, ubi pretium ſive merces ab ipſis contrahentibus, & ubi à tertio, cuius fidem & æquitatem contrahentes elegerunt, fuerunt definitæ.

Lit. F.

Ait in th. quod in mercedis certitudinem fideiuſſoribus caveri poſſit. Quod nullam habet rationem dubitandi, neque alia de cauſa hic incertum à Tr. quam vt occaſionem haberet, otioſe repetendi quæſtionem, prolixe tractatam ſupra *diſſ. 13. th. 5. lit.* E. quo hoc remittimus

Lit. G.

Vulgata hic proponitur quæſtio, an merces locationis in pecunia numerata tātum, an in quavis re fungibili conſiſtere poſſit. Et prius cum Dd. vulgo contra neotericos quoſdam probatos

Yyy à Tr.

à Tr. verius videtur, l. ex l. 23. *comm. divid.* cum ꝓpoſuiſſet ICtus conuentũ inter ſocios, ut fruct⁹ qui res fungibiles ſunt alternis annis perciperent, negat ICtus eſſe locationem, neq; hanc rationem reddit, ꝙ merces certa nō fuerit conſtituta, ſedꝙ nulla merces intervenerit. 2. ex *l. 1. §. ſi quis 9. depoſiti*, ubi negatur eſſe locatio, quia pecunia data nō ſit: licet enim aliquando huius appellatione res fungibiles venire videantur *l. 30. in pr. d. l. 1 l. 2. §. 3. d. reb. cred. l. 2. §. 1. C. d. conſtip. pecun.* id tamen aut frequens aut regulare fuiſſe nec ipſi Iuſtin. crediderim; & ex *d. l.* 30. corpora quoq; & ſpecies verbo pecuniæ contineri probari poſſit, neq; maior ratio videtur cur in vino aut frumento quam in ſpecie aliqua merces conſiſtat, & *in l. 2 §. 3 d reb. cred.* magis exempli loco pecuniæ numeratæ mentionē videtur facere ICtus, & hoc docere velle ꝙ mutuum traditione rei perficiatur: eoq; huc faciunt textus, quibus ſimpliciter pecuniæ fit mentio *l. 4. 6. 5 2. & l. 5. 7. inſ. pr. & §. 1. h. tit. 3. ex l. 5 §. 2. de praſc. verb.* ubi pecunia data locatio eſſe dicitur, ſicut ſuperiori caſu *in §. 1 emtio.* Neque ꝙ volunt *Coraſ. & Pinell. ad rubr. C. d. reſcint. vend. p. 2. c. 3. n. 34.* pecuniæ verbum ibi commode de re quavis fungibili accipi poteſt, tum quia verbum *pecunia* opponitur rei, tum quia ICtus ſe refert ad *§. praced* & ratione pecuniæ compatat locationem cum emtione, neq; vero ſimile eſt diverſo ſignificatu in duobus §. § invicem ſe ſubſequentib⁹ ICtum pecuniæ verbo uti voluiſſe. 4 *ex l. 25. §. vis maior. 6. h. t.* iunct. *l. 26. §. 1. d. furt.* vbi colonus partiarius, qui quaſi ſocius eſt, opponitur colono vero, & hic definitur qui nummis colat. Sed obijcitur huic ſententiæ præcipue *l. ſi olei 21. C. h. t.* ubi certo olei pōdere fructus annui locati ꝓponũtur, Et ſolutiones Dd, qui aut initio in pecunia mercedem conſtitutã fingunt, aut contractum innominatum eſſe volunt, nec rubricæ, nec rationi aut textu conveniunt, cum præſertim contractus ibi bonæ fidei, nec pœnitentiæ locus eſſe dicatur. Ego propter iſtum textum diſtinguendum puto inter locationem operarum, ubi omnimodo opus eſt pecunia numerata, & rerum in quibus ſubdiſtinguo, quod aut res locata nullos fert fructus, & idem ſtatuo: aut fert fructus, & hoc demum caſu mercedis loco quantitatem certam fructuum inde natorum dari poſſe exiſtimo: quam diſtinctionem & ſententiam poſtea deprehendi propoſitam *à Salicet. in d. l. 21. C h. tit* ubi ait ſe cogitaſſe, quod aut res ſit apta producere tales fructus, & ſit locatio, aut non apta, & ſit contractus innominatus, adiecta ratione, quod illo caſu colonus aliquam ſimilitudinem habeat cum colono partiario. Cui ſententiæ hoc addo, quod natura locationis ſemper deſiderat pecuniam numeratam, quæ natura quaſi alteretur, & degeneret locatio, ubi certa quantitas fructuum mercedis loco datur: quod in caſu propoſito admitti ſuaſit æquitas & vulgata contrahendi ratio, ut ex fundo certa quantitas fructuum perceptorum à colono mercedis loco dari poſſit, qui colonus hoc à partiario diverſus eſt, quod hic partem fructuum, tertiam vel quartam, adeoque quid incerti, ille certum numerum verbi cauſa modiorum frumenti præſtare tenetur. Atque ita ſolvitur argumentum ante propoſitum, ex *l 25. §. 6. h. t.* quoniam hoc quidem regulare eſt, ut colonus nummis colat, ſed in ſpecie *d. l. 21.* natura locationis quodammodo alteratur. Dicendum igitur eſt in caſu *d. l. 21.* olivetum locatum fuiſſe. Et ut paucis ad alias quoque objectiones reſpondeamus, ita quoq; accipi poteſt *l 35. inf. h. t.* quamvis cum fructus dicantur ibi penſari cum mercede, nihil prohibeat dicere, initio in pecunia mercedem conſtitutam fuiſſe: nec abſurde quis dixerit eſſe ibi contractum innominatum, ꝙ quidē neceſſario dicēdum erit, ſi nulla quantitate definita, ut fructus invicem perciperentur, conventum ꝓponas. Cæterum in *l. 19. h. t.* omnino verum eſt, mercedem in pecunia dictũ fuiſſe, h[illegible] adiecto pacto, ut locator ſub certa taxatione frumentum in ſolutum loco mercedis accipere teneretur: quoniã ibi ait ICtus, ꝙ dominus quidē agere poſſit ad totam ſummam, (quia pactum actionem mutare aut conſumere non potuit) ſed officio iudicis contineri, ut tanto minoris conductor condemnetur, quanto ipſius intereſt, in frumento potius ſolviſſe: & ergo cum ad pecuniam locator egerit, neceſſario ſequitur de pecunia initio fuiſſe conventum. Nihil plane obſtat *l. 8. C. h. t.* quia quãtitas verbũ vel maxime de pecunia numerata ꝓprie prædicatur, cum etiã non deſint, qui quantitatem tantum de pecunia numerata recte prædicari exiſtimatur, quorum meminit Treutl. ſupra *diſputat. 20. th. 1. lit. F.* Facilis etiam reſponſio eſt ad 18. *C. eod.* quod ibi dici poſſit cum mercede penſari fructus, vel locatam eſſe rem fructus ferentem, vel illud quod paulo ante dictum eſt ad *l. 19. h. t.* Cur autem merces in pecunia numerata requiratur hæc princeps cauſa eſt, quod ICti diſtinctam naturam nominatorum & innominatorum con-

tra-

Digitized by Google

tractum eſſe voluerunt, & ut paulo ante dictum mercedem in qualibet fungibili admittamus, poterit etiam pro pretio rei venditæ, poterit etiam quævis res mercedis loco accipi, Porro diſtinctio allata ex Lopezio inter locationem faciendi & fruendi, quam non obſcure probat Tr. duplici vitio laborat 1. quod ſecundum eam, etiam pro mercede locatæ domus poſſit ſolvi res fungibilis. 2. quod pro mercede locati fundi etiam alterius generis fructus ſolvi poſſe admittit, quibus conceſſis non video quid obſtet, quo minus locatis operis idem obtinere debeat: nec ratio apparet cur potius in locatione rei plane ſterilis, velut ædium res fungibilis debeat admitti. Sed noſtra ſententia expeditam habet rationem, quæ regulariter pecuniam numeratam requirit, ſed in caſu locati fundi quantitatem certã fructuum quos ipſe fundus producit, alterata paulum natura contractus mercedis loco admittit.

THESIS IV.

Lit. A. & B.

Reſpicit locatio tempus & conditionem.] Fallacia homoymiæ eſt in phraſi, *recipere tempus*, quia tempus in ea ſignificat terminum & à quo incipit locatio, & terminum ad quem quo finitur. Et quidem, ut ex *cit. l. 24 §. fin. l. 60. in pr. h. t. l. C. eod.* & quæ in exegeſi tradit. apparet poſteriori ſenſu hoc accipit: & tamen magis iuridice loquendo cum obligationem recipere tempus dicimus, priori ſenſu tempus intelligimus, quod ſcilicet tempore actiò differatur: & cum duo determinabilia æqualiter debeant determinari, in propoſitione Treutl. conditionem aliter accipit: nimirum, quod ex *l. 20. h. t.* apparet, quod locatio ſub conditione ſuſpendatur. Et alias de natura locationis eſt, ut non in perpetuum ſed ad tempus fiat, & quo differt ab alias obligationibus, quæ uſque ad diem non recte fiunt §. & ſi ita 3. d. V. O.

Lit. C.

Ait in th. in aliud contractus nomen non tranſire locationem, cum ultra quinquennium extenditur: & diſſ. allegat, quibus tamen theſ. 2. lit. F. hanc ſententiam imputat, quod locatione ad longum tempus facta dominium utile tranſire exiſtiment. Quæ non ſatis conveniunt, cum ipſe Treutl hac theſ. 4. lit. A. tempus illud demum longum vocet, quod eſt ultra novem annos. Denique qui ex locatione tanti temporis dominium utile tranſire ſtatuit, non protinus negotium in alium plane contractum abire neceſſario affirmat, ſed hactenus alterari naturam contractus, ut præter vulgatem eius naturam ius aliquod plenius, & actio utilis in rem transfeat, & conductori concedatur: quod probatur ex *l. 1. §. 3. d. ſuperficieb.* ubi ei qui ſuperficiem non ad modicum tempus conduxit datur actio in rem quod ad quemcunque conductorem ad longum tempus non abſurde accommodatur, hactenus videlicet ut *argum. d. l. 1.* iſta actio non tam ſit natiua quam datiua, id eſt detur cauſa cognita quod ſcil. propter longius tempus intereſſe cenſeatur conductoris rem ipſam perſequi, nec ſufficere, actioni perſonali ex conducto contra locatorem experiri. Illud autem facile admittam conductorem etiam decennij non effici verum emphyteutam, neq; longitudinem temporis iſtius obſtare quo minus eo finito dominus locator rem libere vocare poſſit. Illud quoq; ut obiter moneamus, ſimpliciter admittendum non videtur, quod Treutl. lit. A. omne tempus quod non eſt decem annorum, modicum appellat: quod licet in materia præſcriptionum lõgum. tempus inter præſentes decem annorum dicatur inde tamen generalis regula non recte conſtituitur, neque exiſtimo quod in *l. 1. §. 3. d. ſuperficieb.* tempus non modicum recte de decennio explicetur: quomodo ex adverſo, quæ in iure noſtro conſuetudo longa dicitur eadem quæ alibi diuturna & inveterata, minus recte decennalis ſtatuatur. Et igitur pro conditione materiæ ſubiectæ tutius de hoc pronuntiabimus.

Itaque ubi ab initio.] Ex eo quod in th. dixerat lit. C. non mutari contractum, cum ultra quinquennium extenditur, infert non præſcribi ius perpetuæ coloniæ, etiamſi conductor longiſſimo tempore penſionem præſtiterit. Quæ ſententia 1. ita limitanda videtur, ſi ſolvat penſionem qua colonus & qua conductor, quo caſu ex ſolo tempore reale & perpetuum non tranſire probatur *ex l. 2. & l 7. §. ult. C. de praſcr. 30. annor.* cæteroquin ſi prætendat ius emphyteuticum, canonem tot annis ſolverit, procul dubio contraria ſententia, verior erit. quoniam ut poſt dicetur, tot annis imo etiam viginti ius emphyteuticum præſcribitur, ſiquidem etiam colonus qui animo intervertendi domino poſſeſſionem ſibi, poſſidere incipit, & canonem plane non ſolvit; tanto temporis ſpatio ius plenum acquirit quod poſt illud tempus nulla actio domino

Digitized by Google

ſuperſit *arg. l. 3. C. d. t.* in quam ſententiam vide tradita à *Vaſq. libr. 2. controv. 6. 68. Cravett. d. antiq. temp. part. 4. verſ. materia nu. 124 gloſſ. Cyn. Bart. d. l. 2. nu. 5 & 3. C. de praſcript. 30. annor. Salic. ibid. nu. 3.* (ubi hoc ait communiter teneri) *gloſſ. & Caſtr. enſ. d. l. 1. C. comm. d. uſucap. arg. l. cum fundum 18. d. vi & vi armat. ubi gl. & Dd.* notant colono dari interdictum unde vi non qua tali, ſed qua interverſori poſſeſſionis dominicæ. Ideoque non ſatis erit conſtare de titulo conductionis, qui forte ante 40. annos interceſſit, niſi oſtendatur etiam à colono; ut colono penſionem ſolutam fuiſſe, alias contra Tr. & Cravett. ius perpetuum præſcribi defendam: quam ſententiam receptiorem eſſe apparet ex ijs quæ tradit *Franſc. Mant. d. tacit. & ambig. convent. libr. 5. tit. 2. num. 57.* ubi multos allegat, & ibid. *numer. 59.* etiam in prædijs Eccleſiarum idem obtinere confirmat: pro qua ſententia facit, tum quod propter vicinitatem facilis eſt tranſitio & tranſmutatio locationis in emphyteuſin, tum uniformitas penſionis ex qua colligitur nunquam renovatam locationem fuiſſe, cuius naturæ diuturnitas illa temporis contraria eſt: Et conſtat in tanti temporis curſu nec titulo nec bona fide opus eſſe: & eſt quod imputetur domino, qui tanto tempore uniformem penſionem accipiendo, ſolventem pro emphyteuta agnoviſſe videtur.

LIT. D.

Ait in th. quoniam locationem tacite iniri indubitatum ſit, ideo conductorem in re locata permanentem tacite re conduxiſſe videri. Atquin 1. iam ſupra oſtenſum eſt caſum iſtum tacitæ locationis & quidem non initio conſtitutæ, ſed continuatæ, fere eſſe unicum, deinde cum multis modis aliquid tacite fieri poſſit, præſuppoſita tacita locatione non protinus recte inferri poteſt, ex ſola permanſione in re locata, tacita conductio inferri poteſt. Quod autem de emphyteuſi quæ ex taciturnitate non removetur, ſubijcit, illud iterato & plenius tractat infra hac diſput. th. 10. lit. B.

LIT. E.

Quæ hic traduntur, ſunt *l. 13. §. ult. h. t.* vt prorogata tacite conductione pignora maneant in eo ſtatu, quæ ſcilicet ipſe conductor, non alius pro eo obligavit: quoniam quod inter alios ſive expreſſe ſive tacite actum eſt tertio præiudicare non poteſt: & ſimile eſt de fideiuſſore, qui ſi pro obligato ad tempus interceſſit, prorogato citra eius conſenſum termino ulterius non tenetur, de quo agitur infra part. 2. diſp. 28. th. ult. lit. G.

Sed quid in hac.] Species facti hæc eſt: rem à me venditam cum pacto de redimendo intra quinquennium, ego ipſe venditor vſque ad quinquennium conduco: ſi finito quinquennio patiente locatore tacite prorogetur conductio, quæritur, an etiam ius redimendi [quinquennii ſpatio] terminatum prorogetur, adeoq; etiam poſt quinquennium facultas redimēdi venditori, eidemq; conductori ſuperſit. Qua in re negativa ſententia quam recte probat Tr. adeo vera mihi videtur, vt ex adverſo vix rationem dubitandi ſupereſſe exiſtimem: ſiquidem cum nemo dixerit aut dicere poſſit conductione illa receſſum à pacto illo redimendi, non video qua ratione poſt quinquennium ius redimendi venditori ſupereſſe poſſit ſive ab alterutro conductioni, finito quinquēnio fuerit renuntiatum ſive non: ut proinde parum ſubtiliter ratio dubitandi ex eo ſumi videatur, quod elapſo quinquennio venditor manſerit in conductione: quoniam utcunq; in ea non manſiſſet, tempore tamen excluſus rem redimere non poſſit: neq; conducto emptionis perfectionem, quin nec implementum impedit, cum venditor rem conducens, hoc ipſo poſſeſſionē & dominiū in emptorem transfert: & abſurdum ſit, locationi tacitæ hunc tribuere effectum, ut præter intentionem contrahentium maximè locatoris emtoris, tempus redemtioni præfinitum extenſum videatur, qui effectus, remotiſſimus eſt à locatione cum quilibet dominus in re ſua ad quodcunque tempus citra ullum ſui præiudicium cōductorem ferre poſſit. Illud obijci queat, quod conductor vſque ad quinquennium ex hoc contractu obligatus, non videatur ante poſſe remittere, niſi periculo præſtandi intereſſe ſe obſtringere velit. Verum perſpicua reſponſio eſt non tam quod imputare ſibi debeat conductor, qui ita contraxit quam potius, quod cum conductione ſequenti pacto de redimendo derogari non poſſit, & venditor adeo intra quinquennium ius redimendi habeat, conſequenter etiam ut tamdiu ſtet locationi non teneatur, & oblato pretio iure pacti, reſolutoque contractu principali, ex locato nequeat conveniri. Neq; Menoch. *l. 3. praſ. 85. num. 22.* ab hac ſententia plane diſcedit, ſed etiam limitat non procedere ſi conſtaret pactum redimendi adiectum eſſe reſpectu & contemplatione conductionis: quamvis ex prædictis iſtam limitationem falſam eſſe putem nec qualiſcunque iſte reſpectus connexionem iſtam indu-

Digitized by Google

inducere ualet, ut ad prorogationem locationis prorogatio pacti alterius magis etiam principalis conſequatur. Intelligendum plane eſt hoc quæri an locationis prorogatione pactum redimendi uſque ad annum prorogetur, ſiquidem etiam locatio initio in quinquennium cõſtituta: modo iſto tacito non niſi in annum prorogata cenſetur *l.13. § ult.h.tit.*

LIT. F. & ſeqq.

Quæ his litteris ad finem uſque th, proponuntur de pignore tacito invectorum in prædiũ qua urbanum qua ruſticum, & an hoc conſiſtat in mercib.& in libris ſtudioſorum, & an ſolvatur per rerum illatarum eductionem, hinc paulo ſunt alieniora, eaque remittimus ad part. 2. diſp. 1.th.4.lit B.&c. ſicut illud quod de rebus alienis illatis proponit ad eiuſdem diſp.th. 5. lit. A.

THESIS V.

LIT A.

Ait Tr. conductorem tribus ex cauſis expelli poſſe, ſi locator ipſe domo opus habeat, ſi conductor penſionem non ſolvat, ſi re conducta male utatur: & indiſtincte ſubjicit, expulſum nihilominus ad integram mercedem teneri. Quod primo caſu perſpicue falſum eſt, poſteriori verò demum admittit *Cyn. in l.3. C.h.t.num.* 4 quod conductor propter culpam ſuam & in ſui præiudicium perinde habeatur, ac ſi rem adhuc teneret, & fortaſſis hoc ipsũ limitandũ niſi localis alteri ſtatim rem elocaverit, vel ipſe re uſus fuerit: ꝙ eum bis mercedem conſequi fuerit iniquum: idque etiam dixerim in ſecundo caſu. Neq; hinc diſſentit gloſſ. male citata, ſed ipſa diſſentientes improbat. Addendus autem eſt *ex gloſſ. Cyn. & alios Dd.in d l.3.C. h. t.* caſus quartus, ſi locator domum reficere velit. In quæſtione autem quando merces ſolvenda ſit magis ſequor *gl. & Cyn. ibid.num.*4. quod ſolvenda ſit in fine anni *v. etiam Iaſ. in l.2.C.d iur. Emph col.10. verſ. tert. eſt concluſio.*

THESIS VI.

LIT. B.

Quanti in litem.] Probatur hoc *ex l.48.§.1. h.t.* ubi tamen ſcrupulum movet, quod in ſpecie hoc prædicatur de re non immobili: fortaſſis quod ferendus ſit conductor, qui fundum vel ædes reſtituere recuſat. Ratio tamen ſuadet, vt cuivis locatori contra contumacem conductorem hoc permittatur & *verba d. l 84. non immobilem* in Florentino exemplari virgulis incluſa ſunt, ut ſuſpecta videri poſſunt.

LIT. C.

Cuius probatio ei incumbit.] Hoc quidem per ſe verum, quod etiam excipiens de dolo eum probare teneatur: ſed minus commode hic proponitur vbi de actione ex locato contra conductorem inſtituenda tractatur.

LIT. D.

Culpa levi.] Exemplum huius proponit, ſi ædes incendio perierint. Non ſatis bene, quia incendiũ etiam culpa leviſſima, quin & caſu fortuito oriri poteſt, maxime ipſis patrisfam. reſpectu, neque culpa inhabitantium, ut maxime eam ſemper intervenire præſupponatur, qua ratione utitur Tr. ipſum neceſſario patremfam. contingit, iuxta notata ſupra *diſp.18 th.8 lit.C.* ubi ipſe Tr. textũ *in l 3. de off. præf. vig.* in qua hic ſe fundat, explicat de culpa leviſſimâ: ut deſultoria iſta levitas ferenda non videatur, quod etiam hic explicar de culpa levi, ſaltem ut intentioni ſuæ ſerviat, & inde conductorem qui levem culpam præſtat, ob damnum incendio datum actione ex locato conveniri poſſe efficiat.

LIT. E.

Non tamen leviſſima.] Ratio perſpicua eſt ex *l. 5.§.2.commod. & §.ult. inſtit. quibus mod. re iuncta l.23.d.regul iur.* quod utriuſque hic verſatur vtilitas. Limitationem autem ſubijcit Treutl. *niſi pro ratione circumſtantiarum ut ab iis qui pro cuſtodia mercedem accipiunt ex l.40.h.t.* Cui obſtat tum ꝙ Treutl, ſupra *diſputat.26.th. 2 lit. D.* tradit eum qui pro cuſtodia honorarium accipit ad levis culpæ tantum præſtationem ſe obligare; tum quod iſto caſu utriuſque utilitas verſatur, in quo nec leviſſima culpa regulariter tantum abeſt ut periculum præſtetur: tum quod ſi qui mercede data uſum inſuper rei habet, tantum levem culpam præſter, multo minus præſtabit periculum, qui pro nuda cuſtodia accipit mercedem, & qui nihil aliud eſt, niſi operæ locator. Addit Treutl. aliam limitationem, niſi res natura ſua exactiſſimam diligentiam deſideret *ex §.ult. Inſt.h t.* quod etiam ibi notant *gloſſ. Chriſtoph. Porc. & Iohan. Faber.* & alias fruſtra videretur mentio fieri certarum ſpecierum, niſi in ijs ſpeciale aliquid eſſet. Sed in contrarium movet, vel quod ſingularitatis illius nulla certa concurrit ratio, & aliæ quoque eiuſdem conditionis res cum expreſſis *in d. § ult.* dari poſſunt: vel quod non convenit eandem diligentiam exigi ab eo qui pro uſu cuiuſcunque rei ſolvit mercedem & eo qui gratuitum uſum habet iuxta *§. 2. Inſtit. quib. mod. re contrah.* Et

Yyy 3 pro-

proinde fortaſſis rectius ſentiunt, *qui in d. §. ulti*] exiſtimant ſuperlatiuum accipiendum pro propoſitivo, ut verbum explicetur ſecundum ſubiectam materiam & naturam contractus, & ſignificetur eiuſmodi diligentia, qualem quiſque diligens paterfamilias rebus ſuis adhibere ſolet, quæ videtur prima ſolutio gloſſæ, quam etiam ſequitur *Weſemb. in d. §. ultim.* Poſſit etiam videri verbum, *diligentiſſimus*, oppoſitum alicui conductori in individuo, qui ſi natura ſua plus æquo negligentior ſit, maiorem rebus conductis quam ſuis diligentiam adhibere tenebitur, iuxta *not. ſupr. diſput.* 10 *th.* 5. *diſput.* 26. *th.* 2. Illud autem ferri non poteſt, quod ſub illam limitationem, à conditione rei deſumtam, refert etiam caſum *l.* 25. §. 7. *h. t.* in quo non ſolum de columna; quæ tamen minime res fragilis dici poteſt, ſed etiam de dolijs & tignis idem affirmatur: & rectius ſentiunt qui *ex d §* aliam limitationẽ conſtituunt, & ſpeciale eſſe putant in artifice, qui peritiam profitendo operam ſuam offerre intelligitur, quod *not. Iohan. Fab. in §. ult. inſtit. h. t.* & pro regula traditur, arctius & in plus eum obligari, qui ſeſe obtulit, quod in cauſa depoſiti ipſe tradit *Treutl. ſupr. diſput.* 26. *theſ.* 2. *lit. C.* licet hoc omnino in quocunque operam quaſi offerente, perpetuum non eſſe, oſtendat *l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtabul.*

LIT. H.

Ex pacto in quocunque contractu caſum fortuitum & periculum recipi poſſe conſtat. Circa quod receptior Doctorem ſententia eſſe videtur, quam tradit *Bartol. in l. ſed etſi,* 4. §. *quæſitum* 4. *ſi quis cautionibus, & ib. d. Caſtrenſ.* quod periculum à caſu fortuito differat, & ſub illo pro qualitate contractus etiam quod culpa accidit, contineatur: ita ut ſi ex natura contractus tamen lata culpa præſtanda veniat, qui periculum ſuſcepit, de levi: ſin levis culpa de leviſſima teneatur. Quæ ſententia proprietati vocis, periculum, & uſui iuris procul dubio contraria eſt, de qua actum etiam ſupra *diſputat.* 24 *th.* 3. *lit. H.* De eo autem qui caſum fortuitum in ſe recepit, controverſiam Dd. hac lit. proponit Tr. an etiam de inſolitis teneatur: quod verbis quidem negat, ſed allegari ab ipſo magis affirmant & inter eos *Caſtr. in l.* 4. §. 4 *ſi quis cautionib. num.* 6. ex hac ratione quod caſus fortuitus omne id etiam quod ſine culpa contingit, comprehendat: idemq; commune aſſerit & magis probare videtur *Iaſ. vol.* 1. *conſ.* 107. *nu.* 7. & aperte *Fach.* 1. *controverſ.* 86. ſicut ex adverſo Bart. & Iaſon ſibi contrarius, quod diſſ. citati, de inſolitis eum teneri negant; ut proinde in theſi negatio expungẽda videatur: licet Pinell. itidẽ inter diſſ. relatus, & male eum Bart. & Iaſone copulatus, de inſolitis teneri affirmet *ad l.* 2. *C. de reſcind. vend. p.* 1. *c.* 3. *num* 28 Sed quidquid etiam Treu. ſentiat veriorem ſententiam puto affirmãtium, quod ſub baſu fortuito inſolitus cõprehendatur, non extẽſione aliqua verbi, ſed magis proprietate, quod fortuita ea ſint, quæ præter ſolitum & expectationem noſtram accidere conſueverunt, velut incendia, ruinæ, naufragia, hoſtium latronumq; incurſus, quæ eadem appellatione vis maioris contineri ſolent *l.* 25. §. 6. *h. t. &* §. 2 *inſtit. quib. mod. recontrah.* qui locus ſatis aperte hanc ſententiam probat, quod ibi iidem caſus fortuiti & maiores appellentur. Illam tamen limitationem facile admiſerim, niſi ſit caſus plane inuſitatus, qui forte mille annis ſemel contingat, ut ex Bartol. loquitur *Iaſ de conſ.* 107. *volum.* 1. Neque adeo dicere poſſis, cum conductor culpam tantũ levem præſtet, ſuſceptionem caſuum fortuitorũ ſtricte eſſe accipiendam: nam & Tr. iſtud ad locationem non reſtringit, & cum per ſe fortuita inſolita ſint, ſpeciale hic ſtatui non poteſt. Facit huc *l.* 78. §. *ul. de cõtrah. emt.* ubi qui in ſe ſuſcepit quod vi aut tẽpeſtate factũ eſſet intelligitur in ſe ſuſcepiſſe, quoq; per caſus inſolitos cõtigit: idq; recte ibid. notavit Accurſ.: vitioſe autem Bart. hunc textum pro ſua ſententia detorquet. Cæterum, ut hoc addam, alia plane ſententia eſt citatorum *Bald. in* 4 §. 4. *ſi quis cautionib. nu* 4. *inf. & Salicet. in l.* 8. *infr. C. h. t.* quod qui recepit caſus fortuitos tantum de inſolitis, non etiam de conſuetis teneatur, quamvis de utriuſque teneri magis probet Bald.

LIT. K

Stipulatione tamen.] Nihil habet particula *tamen*, quo referatur: cæterum vera hæc ſententia, tum ex textu citato, tum ex ratione, quod cum alias locatio tẽporalis ſit, cui locator renuntiare poſſit, ſatis operatur ſtipulatio pœnalis], quod conductor quam diu penſionẽ ſolvit, iure expelli nequit neq; dubium eſt quin ita ex promiſſione ſua & hactenus obligetur locator, ſi conductor præſtet ea quæ conductorem decet, cum ſtipulatio pœnalis, non ſuſtulerit naturam cõductionis.

THESIS VII.

LIT. A. & B.

Sicut actio empti aliquando tantum ubi contractus exitum non habet, ad pretium remittendum tendit *l.* 33. *in prin. locati,* ita actio ex

Digitized by Google

ex conducto : ubi citra locatoris culpam re uti non licet, ad ſimplicem mercedis remiſſionem, ceteroquin ad, quod intereſt conductoris.

LIT. C.

Quæſtio hæc, quomodo teneatur locator ob damnum quod ex re conducta acceptũ eſt partim ex iis decidi poteſt, quæ tractata ſunt: ſupr. *diſp.27.th.7.lit.F.* Diximus ibi, ubi nulla utilitas verſatur eius qui damnum accipit, ſed ille beneficium & officium præſtitit, damnum omnimodo inſolitum ſarciendum eſſe. Ex adverſo ubi ſola utilitas eius verſatur qui damnum ſenſit, & ille ex contractu officium & beneficium accipit, alterum non niſi ex dolo teneri, aut ſi ſciverit rem eſſe vitioſam. & ne hic quidem inſolidum, ſed v.c. ſi per ſervum damnum datum fuerit, non niſi hactenus, ut eum pro noxa relinquat. Quibus conſequens videtur, ut quibus caſibus utriuſq; utilitas vertitur, velut in locatione, pignore, media ſententia obtineat, ut videlicet ſi quidem dolus interveneri, ſolidum præſtetur, ſin culpa & ignorãtia interſit, an iuſta fuerit eius cauſa nec ne: ꝙ hoc caſu itidem ſolidum præſtetur, non autẽ illo, ſed ꝓ qualitate contractus & ipſius rei, v.c. ſervus noxæ dedatur, vel merces remittatur, ex *l.19.§.1.h.tit.* quoniã in doliis locatis iniuſta, in paſcuis iuſta ignorãtiæ cauſa prætẽditur. Vnde explicãda eſt *d.l.61.§.5.uers.& ſicut d furt.* ubi ꝙ dicitur in caſu locationis ex dolo ſolidum præſtandum, minime ita accipiendum, quaſi hoc nunquã obtineat extra caſum veri doli, cætero quin iniuſta ignorantia prope dolum eſt, certe quoad hunc effectum merito comparanda dolo.

Impenſæ quoque.] Verum hoc in iis quibus res melior facta eſt, & alias maioribus impenſis, quoniam minores, & quibus ipſe conductor cauſam præbuit, veluti ſi feneſtras aut fornaces refici curavit, ipſe ſibi imputabit: de quo bene *Menoch.caſ.215.* Ex quibus ſequitur deciſio ſubiectæ quæſtionis, quod impenſas noviter fructuum colligendorum cauſa neceſſario ad rei utilitatem perpetuo factos conductor repetere poſſit; quod recte probat *Fachin.I.controverſ.85.* ſecus ſi ſit duratura pro tẽpore uſus, ut bene poſt alios *Iaſ.in l.1. C. d. aur emph. col.6. uerſ. limitat tamen.*

LIT. D.

An conductor.] Affirmat ſimpliciter, quod conductor remiſſionem penſionis obtineat, etiamſi agros inundatione corruptos non iterum ſeminaverit, quod hoc leviſſimæ culpæ quam conductor non præſtat ſit imputandum, Verum limitatio adhibenda eſt, quod poſſit eſſe culpa levis, ſi flumine recedente tempus & occaſio ſementem faciendi fuerit commoda.

LIT. E.

Negat hic ob nimiam ubertatem penſionem augeri. Hoc quidem *gl. ſſ pro diſſent.* citata non ſimpliciter affirmat, ſed an ubertas induſtria coloni, an ſpeciali cœli beneficio ꝓveniat, diſtinguit. Sed rectius ſimpliciter negat *Salicet. in l. 25. §.6.h.t. & plenius ibid. Caſtrenſ. numer.6.* his rationibus, 1, *ex d.§.* in quo gloſſ. verbum, *immodicũ* inepte explicat pro valde mod co. 2. quod limitata penſio non debeat temere augeri: & hinc 3. quod diſpoſitio inducta in caſum ſterilitatis favore coloni, citra text. expreſſum, in eius odiũ non debet converti. 4. quod re ipſa in caſu ubertatis non ſentiat commodum colonus, cum fructus vilioris ſoleant vendi. 5. Quod in caſu ubertatis uterque certet de lucro captando, in quo potior ſit conditio rei, ſed in caſu ſterilitatis colonus certat de damno vitando: ex quo dilui poteſt ratio gloſſ. ſumta à natura contrariorum Accedit denique, ꝙ hactenus ſaltem ubertatem domino prodeſſe legimus, ut inducat compẽſationem cum ſterilitate, ne colonus remiſſionem mercedis obtinere poſſit: & intelligo ubertatẽ ſi præcedetẽ, ſive ſubſequentem, cum diverſitatis ratio dari poſſit nulla: nec adeo recte Tr. tantũ de ubertate ſequentis anni hoc lit. F. proponit.

LIT. F.

Incongruo loco hic proponit duas quæſtiones emphyteuticas, quas præſertim ipſe repetit *th.11.lit.A*, ut proinde nihil neceſsũ erat eas huc referre, cum alias prolixe ſatis tractet de emphyteuſi. Cæterum ad deciſionẽ quæſtionis prioris. notandum eſt, duo eſſe naturalia empyteuſeos, ut ſit perpetua, & ut penſio præſtetur in recognitionem dominii, alterutro mutato alteratur natura emphyteuſeos, & declinat ad locationem, cui alias affinis eſt *§.adeo 3. Inſt.d.locat.* multo magis utroq; ſublato alterata erit eius natura, id eſt, ſi emphyteuſis & ad tempus conceſſa ſit, & emphyteuta, ut Tr. loquitur, non exiguam, ſed magnam penſionem præſter, ita ſcil. ut magnitudo ſummæ non ſimpliciter, quia etiam magna ſumma ratione latifundij alicuius exigua eſſe poteſt, ſed ad proportionẽ rei cõceſſæ, & fructuũ naſcentiũ conſideretur, & in ſumma, ut Dd. loqui ſolent ſi præſtet penſionẽ fructibus reſpondentẽ In iſtis terminis ob damnũ notabile & inſignẽ ſterilitatẽ aliquid ex canone remittendum.

Digitized by Google

tendum eſſe cenſuerim; tum quod huiuſmodi emphyteuta cum ad naturam conductoris prope accedat, eius quoque iure hac in re merito uti debet: quod in hoc caſu ceſſat ratio propter quã ex *l.1.C.d.iur Emph.* particulare damnum ad eum ſpectat: quæ duplex eſſe videtur, tum qualitas iuris, quod dominio proximum tranſit in emphyteutam, tũ ius dominii directi quod recognoſcendum eſt etiam quacunq; parte ſuperſtite, exigua etiam quantitate penſionis, quæ ex natura emphyteuſeos conſtituitur in quibus eſt ſolida ſatis reſponſio *add.l.1.Cod.d.iur.emph.* in qua ſola *Fach.1.controv.89.* pro Treutler.cit. ſe fundat, cum ipſe ad rationes à ſe pro hac noſtra ſententia allatas ſolidi nihil reſpondeat; quæ etiam eſt ſententia *Bart.* relata *à Salicet.in l.1.C.d.iur.emph.numer.* 7. vbi tamen eam ait divinare: facit huc, quod ex quorundam ſententia, ſi penſio fructibus reſpondens conſtituta ſit, ceſſatione biennii non amittitur emphyteuſis: referente & fere probante *Maſcard.concl.251.num.9.&10.* In altera quæſtione probo Treutler. ſententiam, quod re ab hoſtibus occupata, debeat remitti penſio quod effectu inſpecto totalis iſte interitus habeatur maxime cum ex ratione iuris res fiat hoſtium occupantium: quam ſententiam probat & bene confirmat *Salic. in l.1. C.d.iur.emph n.13.* v. de hoc latiſſ. *Iaſ.in l.1.C.d.iur.Emph.col.19.f.15.7.B.verſ.quid ſit reb.* plane hoſtibus incertum recedentibus vel expulſis facti magis quæſtio eſſe videtur, ad quem temporis intermedii, quo v.c. fundum occupatum tenuerunt hoſtes detrimentum ſpectare oporteat,

THESIS. VIII.

LIT. A.

Finiri ait locationem ſi res locata vendatur, adeoq; ſucceſſorem particularem locationi ſtare non teneri. Equidem cum à particulari non recte inferatur univerſale, potius per modum rationis hoc ſubiiciendum erat quoniam ſucceſſor particularis, & c. Sed & illud non ſatis accuratum, quod pro iiſdem habere videtur, finiri locationem, & ei quem ſtare non teneri: cui poſteriori quæſtioni locus cõmode non eſt ſi ipſo iure finita locatio præſupponatur. Verius autẽ eſt iſto caſu, vendita ſcil. re locationem ipſo iure non finiti, ſed emtorem, quia cum conductore nihil contraxit, non teneri ſervare contractum competente ſaltem conductori expulſo actione ad intereſſe, perinde ac ſi ab initio res aliena locata fuiſſet. Subiicit autem Tr. in exegeſi, quod ſicut emtor non cogitur ſtare locationi, ita quoq; colonus partiarius non teneatur perſeverare. Vbi non apparet ratio, ob quam colonũ partiariũ, qui minus proprie colonus, & ſocius quidam eſt proponat, cum in theſi indiſtincte de locatione egiſſet. Cæterum non in iſto colono tantum hoc obtinere, ſed generale eſſe, inde oſtenditur, quod ratio, propter quam conductor perſeverare tenetur non aliunde deſumi poteſt, quã ab intereſſe locatoris, cui actio ex contractu quæſita eſt, cum ſucceſſori ſingulari nulla contra colonum dari poſſit. Idq; in caſu rei conductæ legatæ diſerte reſponſum eſt *in l.32.ſ.* quod colonus non teneatur colere, ꝙ nihil interſit hæredis quoniam legatarius actione aliqua, ut conductor perſeveret conſequi non poteſt. Ex quo probabiliter dicitur, ſiquidem inter venditorẽ & emtorem hoc actum ſit, ut colonus in locatione maneat, non poſſe diſcedere colonũ; quod propter pactum intereſſe cæperit venditoris, qui diſcedẽte colono actione ex emto hoc nomine cõveniri poſſit: licet non directo, nec pacto inter tertium inito præiudicari poſſit colono, ſed quod venditor eo nomine præſtitit emtori, hoc colonus actione ex locato reſarcire tenebitur: neq; iniuria infertur conductori, qui alias ſi res penes eundem manſiſſet, (factum autem id venditionis ei prodeſſe nõ debet) impune diſcedere non potuiſſet. In partiario colono ſingulare quid videri poſſit, quod ſocietas omnis, morte ſocii finiatur. Attamen colonus iſte non vere nec ſimpliciter ſocius ſed ſimul conductor eſt, & alias neq; mortuo locatore ubi ſucceſſor univerſalis eſt, ſtare conductioni teneretur,

Sed quid ſi locator] Recte affirmat Tr. quod ſi locator conductori omnia bona vel in ſpecie rẽ locatã, pro obſervatione contractus oppignoraverit, conductor rẽ retinere poſſit, donec quod intereſt ipſi præſtetur: ſi quidem hæc natura pignoris eſt ut creditori, qualis hic reſpectu eius quod intereſt, conductor eſt, ius reale ad effectũ & retinendi & perſequendi præſtet. Et conſequẽter, cũ reſpectu huius intereſſe tantũ creditor, & illud res obligata ſit, conſequitur neceſſario vt oblato & pręſtito eo quod intereſt ab emtore dignus liberetur, adeoque iure reali quod conductor habuit extincto, iure ſuo emtor eum expellere poſſit: quoniam obligatio pignoris cõtractum locationis nec mutat nec facit firmiorem. Secundum quæ Tr. non per adverſativam hoc proponere debebat *emtor tamen offerendo, &c.* ſed hoc potius tanquam prioribus conſequens

Digitized by Google

quens infert: eum ipſe præmiſiſſet, conductorē tãrum rem retinere poſſe vigore iſtius pignoris, donec quod ipſius intereſſe præſtitum fuiſſet. Porro quod lit. B. de remedio *l. 2. C d. reſcind. vend.* proponitur, remittimus *ad part. 2. diſp. 2, th. 11. lit. A.*

THESIS IX.

LIT. A.

Definit emphyteuſin contractum, & tamen *th. 11.* eam dicit conſtitui præſcriptione & teſtamento: eod. vitio, quo *p. 2. diſp. 1.* pignus quod in genere definit contractum, ſtatim dividit, ut aliud conventione, aliud citra eam conſtitui dicat, quod vitium hac collectione magis detegitur: empyteuſis acquiritur ſive conſtituitur præſcriptione teſtamento, ut habetur *theſ. 11.* emphyteuſis eſt contractus hac lit. A. Ergo quidam contractus conſtituitur præſcriptione vel teſtamento. Quæ concluſio perſpicue falſa alterutram propoſitionem falſam eſſe evincit. Nimirum emphyteuſis, in genere definienda eſt per ius, ꝙ vel conventione vel ex legato vel præſcriptione acquirimus.

LIT. B.

Iuris Civilis] Contrariam ſententiam magis probo, tum propter affinitatem & proximitatem huius contractus cum emtione & locatione, tum *ex §. adeo 5. Inſt. locati* in quo cōtractus eſſentialia à Iuſt. propoſita, iuri civili accepta referri non poſſunt: & cum *ex eod. §. apertiſſimum ſit*, eſſentialia iſta ante Zenonem fuiſſe abſurdè merito habendi ſunt, & inter eos Tr. qui *ex d. §.* contractū hunc tanquam à Zenon. noviter conſtitutum, referunt ad ius civile. Nec pro ijs facit quod ibi dicitur *& in l. 1. C. de iur. emph* quod Zeno conſtituerit, ut propria eſſet huius contractus natura: etenim hoc ſignificant, quod conſtitutione Zenonis hic quaſi novus contractus additus ſit, qui antea in natura locationis & venditionis involutus, in propria forma non apparebat: cæteroquin Zenoni etiam expreſſe affirmanti hūc contractum à ſe primo introductum eſſe, fidem non haberem, quod aſſertio Imperatoris rerum veritatem mutare non poteſt, neque efficere quo minus verum ſit, eſſentialia huius contractus antea fuiſſe, iuxta *d. l. 3. Locati.* quæ ſi non fuiſſent, an negotium illud pro emtione vel conductione haberi debuerit, diſputari non potuiſſet contra *d. §. 3.* Et igitur accidentale tantum quod à Zen. hæc conventio accepit, ſeparationem & diſtinctionem: quo referendum eſt, quod *in d. §. ait Iuſt.* hunc contractum proprijs pactionib. fulciendū, perinde ac ſi naturalis eſſet contractus. Non diſſimilis cōtractuum quædam ſeparatio & diſtinctio ꝓponi videtur *in l. 1 d. cōtrah. emt. in l. 1 d. æſtim. act.* Et ut maxime aliquid ius civile huic contractui addiderit, attamen à potentiori facienda eſt denominatio: contra quam male putat *Salic. in l. 1. C. d. iur. emph. n. 14.* ubi ait ab ordinante debere hoc æſtimari.

LIT. C.

Bonæ fidei] Probo hanc ſententiam, tum quia hic contractus conſenſu conſtat, arg. *l. 1. C. d. iur. emph.* ubi cuncta quæ pactionib. placuerūt firma & rata eſſe iubentur, ex quo etiam hoc notat *Weſemb. in §. 3. Inſt. h. t.* tum quod variæ præſtationes ex utriuſque parte cum in contractum iſtum incurrant, ſuper quib. arbitrio iudicis opus eſt, non debet referri inter ſtricti iuris cōtractus, in quib. tantum ea veniunt, quæ verbis nuncupata fuerunt arg *l. 99. d. V. O* tum denique propter affinitatem locationis & venditionis: ut proinde ſatis comprehenſa videri debeat *in §. actionum Inſt. d. act.* in quo vnico textu ſe fundant diſſ. Dd. neque dubito, quin accurata illa enumeratio ex priſco aliquo ICto deſumta, cuius tempore contractus iſte cum locatione & conductione adhuc fuit confuſus.

LIT. D.

Scriptura interveniente.] Colligitur & ex allegatis, & quod in definitione hoc ponit, exiſtimare Treutl. quod ſcriptura ſit de eſſentia huius contractus. Quam ſententiam falſam eſſe exiſtimo 1. quia ut ante dictum, contractus hic & conſenſu perficitur & bonæ fidei eſt in cuiuſmodi contractibus minime de eſſentia ſcripturā requiri credendum eſt. 2. præter dictam affinitatem facit, quod citra expreſſos caſus nulla omnino conventio ad ſui eſſentiam requirit ſcripturam. Equidem autoritate iuris civilis hoc fieri poſſe admitto, ut alteretur contractus natura, & eſſentiale ei fiat, quod per ſe tale non eſt: verum tale quid hic factum eſſe nego, non obſtante *l. 1. C. iur. emphyt.* ex qua præter alios *Bald. col. 3. verſ. quinto nota* male probare conatur neceſſitatem ſcripturæ, quod duo ablatiui abſoluti importent cauſam finalem. Etenim hoc minime generale eſſe perſpicuum eſt, & inanis illa verborum eſt captatio, & reſpexit Imperator, quod frequentius ſit & ut fiat

Digitized by Google

partium intereſt, ſiquidem ut dicemus contractus hic ineſt perpetuum conferri ſolet & veriſſime *gl. in d. l. 1. C. d. iur. emphyteut.* non prohibet inquit, fieri ſine ſcriptis, licet dicatur fieri inſcriptis: quam ſententiam à conſuetudine approbari *in l. 1. n. 6 tradit Bart.* & idem affirmantes Angelum, Pariſ. Socin. refert *Clar. § emphyteuſis. quæſt.* 4. ubi tamen contrariam opinionem communẽ eſſe affirmat quod etiam teſtatur *Iaſ. inſt. 1. C. d. iur. emphyt. colu.* 15. qui tamen *colu* 13. *verſ. in ea gloſſ.* multos pro ſententia contr. adducit. Illa ratio, qua pro hac noſtra ſententia utitur *Forcat, dial. 19. inf.* quod alias perdito poſtea inſtrumento actum eſſet de contractu: nullius momenti, imo ridicula eſt: quia ſcriptura non ad eſſentiam ipſius rei aut iuris acquiſiti pertinet, ſed ad eſſentiam actus tranſitorij, id eſt, contractus dum fit & celebratur, & quod poſtea aceidit, eius eſſentiam aut effectum ſemel legitime conſtitutum tollere non poteſt: & alias ſcriptura ex conventione partium aut non eſſet de eſſentia emtionis contra *l. 17. C. de fide inſtrum.* aut quod abſurdum eſt, ſcriptura poſtea amiſſa emtio, in irritum redigeretur.

LIT. E.

Ait in emphyteuſin dati proprie quidem agrum aut fundum late tamen rem quãlibet. Hoc quidem nimis late, quod utique res mobilis non poteſt: quin & de ædibus res non ſatis liquida eſt, & probabilis ſententia *Donell 6. comm.* 13. ꝙ ſolus fundus ſit ſubiectũ habilis huius cõtractus: quia lex meliorationis q̃ eſt de eſſentia originaria hujus cõtractus *arg. § , Inſt. locat.* in ædib⁹ cõmode non habet locum. Licet Tre. in iſtis non obſcure impropriam tantum emphyteuſin admittat, cum alias etiam pactionibus natura contractus poſſit alterari, & ſuperficiarius ius ſoli non habet, quod tranſit in emphyteutam. Vbi tamen replicari poſſit, ꝙ ideo nuda ſuperficies trãsferri dicatur, quia areæ in qua ædes poſitæ ſunt, nullus eſſe poteſt uſus: cæteroquin ſi ius ſoli in emphyteutã ædium transferri dicas, ꝙ iſta opinione admiſſa omnino dicendũ eſt, ſequetur, etiã deſtructis ædibus: in ſolo emphyteuſin durare: ꝙ verum non videtur, ceſſante quippe fine conceſſionis ædiũ: licet Dd. hoc admittant. & hanc differentiam emphyteutici ſuperficiarij cõtractus ſtatuant, referente *Iaſ. in l. 1. C. d. iur. emphyt. col. 8 p 155. v. tertio quaro*, quod domo deſtructa etiã invito domino novã extruere poſſit, ꝙ ſuperficiario permiſſũ eſſe negatur. Illa autẽ differentia ib. à Iaſ. tradita, quoq; ſuperficies etiam citra conſtitutionẽ annuæ penſionis concedi poſſit, nihil huc pertinet: quoniam illud hic quæritur, an ius perpetuo ædibus pro certa annua pẽſione utendi, ꝓ emphyteuti poſſit haberi, quoniam etiam talem ſuperficiem eſſe conſtat, ut ſingulis annis ſolatium ſolvatur.

LIT. F.

Cui prædij alienatio.] Ergo vaſallus rem feudalem in emphyteuſin dare nõ poterit: q̃ communem opinionẽ eſſe ait *Clar. in § feudum, q. 32. nu. 3.* cui non obſtat, ꝙ de in feudatione vaſalo permiſſa afferri poteſt: quia hoc ſpeciali feudorum iure & ſub certis limitibus, quos tradũt feudiſtæ, licet plane in emphyteuſi alterata & reſpectu durationis, ſi tẽporalis ſit, & ratione quantitatis penſionis, ſi ſit ꝓportionata fructibus, contrarium defendi poſſit: quoniã hæc ad locationem, quæ vaſallo interdicta non eſt, ꝓpe accedit: idq; ex ſententia Tr. ſup. hac diſput. *th. 2. lit. F.* quod feudum ad longum tempus locari poſſit, tanto magis eſt admittendum.

Et dominium poſſeſſionis.] Dominium hoc commentitium eſſe puto, ut pluribus oſtendetur infra p. 2. diſput. 15. th. 1. lit. B. utiq; plus in emphyteutam tranſire vel hinc apparet, ꝙ utilem non poſſeſſionis nudæ ſed ipſius rei vindicationem habet: in cenſuarium autem perfectum & plenũ dominium transfertur.

Eſt autem huius.] Sententia hæc, ꝙ in dubio contractus cenſiticus magis q̃ emphyteuticus haberi debeat, uidetur receptior eſſe per notata *Menoch. 3. præſumt. 109. nu. 3 & ſeqq. Weſemb. conſ. 5. num. 45. Franciſ. Mant. d. ambig. conuent. lib. 5. 2. num. 53.* ubi quam plurimos allegant. Sed dubiũ tamen facit, quod cum iuxta iam dicta incenſuarium pleniſſimum ius & ſolidum transferatur, non videtur quis præſumi ius omne à ſe abdicatum voluiſſe, quæ ratio etiam eſt *Everhard. citat. in loc. ab emphyteuſi ad cenſum n. 5.* Deinde cum etiam cenſuarius penſionem præſtet, à domino autem rei aliquid annuatim ſolvi, irregulare, ſed in emphyteuta regulare ſit, potius contractum emphyteuticum ex conſtitutione annuæ penſionis, quæ naturæ dominij regulari repugnat, celebratum præſumemus: quam ſententiam à multis probari, ex iam citatis autoribus apparet, quã etiam tanquam cõmunem refert *Clar. in §. emphyteuſis quæſt. 1. num. 3. & Maſcard. concl. 544. in pr.* ꝙ accipiens cenſũ præſumatur dominus directus. Plane prior ſententia, ut res potius videatur cenſitica, omnimodo procedet, ſi v. c. teſtator hæredem annuam penſionẽ de fundo aliquo alteri

ſol-

Digitized by Google

ſolvere iuſſerit. Effectus autem huius diſputationem hic non poſtremus eſt, quem ſubjicit Treu, *in verſ itaque illo:* quod res cenſitica, propter ceſſationem ſolutionis non fit caduca, etiamſi longiſſimo etiam temporis ceſſaverit cenſavarius, ut tradit *Everhard. in d. loc. ab emphyteuſi ad cenſ. nu. 5 Ioh. Fabri in § adeo Inſt. locati col pen Iaſ in l. 1. C. d iur emphyt. col. 10. verſ. nam inter Menoch. lib. 3. præſumpt. 10. 6 num 15. qui plures allegat.*

LIT. H.

In domini recognitionem.] Quoniam inde ortum traxit emphyteuſis, quod initio fundi ſteriles & inculti ita concedi ſolebant reſervato concedenti dominio, quod ne diuturnitate temporis oblivioni daretur annua penſio aliqua præſtanda fuit *rectè Iaſon. in l. 1. C. d. iur. emph. in pr.* Adeoque ſi penſio proportionata fructibus præſtetur, alteratam illius contractus naturam, & prope locationem accedere dicemus.

LIT. K.

Utramque ait vel ad certum tempus & in perpetuum conſtitui poſſe. Non ſatis accurate: quoniam perpetuitas de natura huius contractus, ſed temporalitas ex accidenti & pacto eſt §. 3. *Inſtit d. locat. Iaſ in d l. 1. col. 2. verſ. advertendum Maſcard concl. 601 num 2.* Et ſane ſi utrumque hoc concurrat ut definitum tempus ſit, & penſio fructibus reſpondeat, parum differet à locatione, maxime ſecundum ſententiam Treut theſ. 4. lit. C. ubi etiam locationem ad longum tempus agnoſcit.

THESIS X.

LIT. A.

De emphyteuſi Eccleſiaſtica parum diſtincte hic agit: & hac lit. tres Novell. allegat, in quibus tamen diverſum traditur ius. Et in *Novell. 7. cap. 3.* tantum permittit Iuſtin. uſque ad tertiam generationem primi acquirentis conſtitui ab Eccleſia emphyteuſin. neque enim hoc ad ædes religioſas quæ in urbe Conſtantinopolitana ſunt, reſtringi poteſt: licet hoc videatur velle Treut. quoniam cap. 2. eandem materiam de rebus ſacris tractans, de omnibus ubicunque exiſtentibus Eccleſijs loquitur. Porrò *Nov. 55. c. 2.* Eccleſijs ſibi invicē perpetuas emphyteuſes conſtituere concedit. Denique *Novell 120. c. 9. in pr & §. 1.* in perpetuum etiam Eccleſijs in extraneos iure emphyteutico res transferre permittit: excepta ſcilicet in caſu primo *d. Nov. 120. §. emphyteuſis* Eccleſia regiæ civitatis, & alijs quæ ibi ſunt religioſis ædibus: atque ita expreſſus hic reſtringitur quod *in Nov 7. c. 3.* generalius propoſitum erat: & hactenus recte Treut. quod dictas Eccleſias excipit: ſed illud puto non recte quod extra dictas Eccleſias omnibus alijs commune facit, ut ab ijs conſtitutæ emphyteuſes etiam in perpetuum, tantum ad deſcendētes primi acquirentis tranſeant. Etenim ex quo in perpetuum ab Eccleſia emphyteuſin recte conſtitui admiſſum eſt, & ex natura ita conſtituta emphyteuſis eſt, ut ad quoſcunque heredes imo etiam ſingulares ſucceſſores cum onere ſuo transferatur, poſtquam nulla probatur exceptio, merito regulam ſequemur. Et cum ipſe Treut. lit. B. admittat emphyteuſin Eccleſiaſticam etiam ſimpliciter pro hered. acceptam, ad extraneos heredes tranſire, etiam & magis hoc admittendum exiſtimo, ubi expreſſe in perpetuum emphyteuſis conſtituta eſt: alia enim quæſtio eſt, ſi emphyteuſis indefinite ſine temporis & hæredum mentione conceſſa ſit: quo caſu in tertia generatione eam finiri exiſtimat *Covar. 2. variar. reſolut. 17. num 6. verſ. quinta concluſio:* licet id male probet *ex c. 3. variar. ex c. 3. n. 7.* vel quia id referri poteſt ad Eccleſias urbis regiæ, vel quia iſti loco derogatum eſt per N. 120. c. 6. quam correctionem etiam notat Accurſ. vel quia *in d. c. 3.* non quid iuris ſit, ſimpliciter conſtituta emphyteuſi, proponitur, ſed emphyteuſis ultra tertiam generationem conſtitui prohibetur: & hanc ſententiam ꝙ emphyteuſis Eccleſiæ in perpetuum ut etiā in extraneos hæredes tranſeat, & c. 3. N. 7. ſit correctum per 120. *c. 7.* communiter teneri apparet *ex not. Iaſon. in l. 2. C. h. t. colum. 14. ante fin. v. decimo octavo quæro.*

LIT. B.

Tempore verò finit.[Otioſe repetit quæſtionē, q̄ movit lit. 4. lit. D. an emphyteuſis finita tacite ad inſtar cōductionis renovetur, Quod recte quidē negat, ſed ex minus recta ratione, ꝙ emphyteuſis requirat ſcripturā. Etenim 1. magis eſt ut iuxta ſupra not. hoc falſum ſit. Deinde nec bona videtur cōſequentia, ꝙ neceſſum non omnia quibus initio opus eſt in repetito contractu intervenire: ſed & cum ipſa renovatione, ſiquidē ei locus eſſet ipſa quoq; ſcriptura tacite repetita videri poſſit: & cū ex partiū conventione ſcriptura de eſſentia locationis eſſe poſſit *arg. l. 17. in pr. C. de fide inſtr.* hoc tñ etiā caſu tacita renovatio, q̄ natura iſtius cōtractus admittit, nō videtur impediri. Rectior ratio videtur inde deſumi vel quod maius hic verſatur præiudicium, & in iuris illius & utilis dominij continuationem non facie conſen-

Digitized by Google

tiæ dominus præſumendus eſt: vel quod cum renovatio iſta tacita tantum anno duret, utcunque initio quinquennalis fuerit locatio *l.* 13. §. *ult.* locati, annua emphyteuſis conſtitui non poteſt.

Quare ſi emphyteuta.] Quod hic ſubjicit de emphyteuta pro filijs accepta & in deſcendentes tantum tranſmittenda, cum præcedenti, de renovatione tacita emphyteuſis nulla plane habet affinitatem, ſed qualiter connectendum eſt cum ijs quæ in ipſa theſi de duratione emphyteuſis proponuntur. Res ipſa ex circumſtantijs decidenda videtur, & ex propoſito ſcopoque contrahentium: & poſſint aliquando verba iſta non tam reſtringendi cauſa, quam ad denotandam perpetuitatem conceſſionis adiecta videri, ſicut ex adverſo ex proprietate verbi primi tantũ gradus liberi vocati intelligi poſſint licet in dubio in eiuſmodi caſu verbum *filiorum*, etiam nepotes comprehendat.

Ideoque eam.] Inferendo negat Tr, quod pater uni ex filijs in terminis præmiſſi caſus emphyteuſin prælegare in cæterorum præiudicium poſſit. Vbi 1. verba *in præiudicium*, ſupervacua videntur, quoniam poſito quod negativa ſententia admiſſa neceſſario ponendum eſt, ex conceſſione illa ius liberis quæſitum eſſe, fieri non poteſt, ut citra præiudicium aliorum uni prælegetur: niſi forte eo Treutl. reſpexit, quod pater per modum compenſationis cæteris filijs aliquid prælegando præiudicio illi occurrere poſſit: quo quidem caſu poſita ſententia negativa ipſo quidem iure prælegatum emphyteuſis non valebit, ſed ex approbatione tacita alterius filij, legatum ſuum agnoſcentis. Et in ſententiam iſtam negantem magis etiam inclinat *Iaſon in l.* 2. *de iur. emphyt.* ubi per octo columnas uſque ad fin. late pro utraque parte autoritates & rationes adducit. Ego verò rationi juris magis convenire ſententiam affirmantem. 1. quoniam licet aliquod ius filijs quæſitum dicamus, illud tamen non eſt ita formatum & radicatum, ut ſinguli præcisè partem in emphyteuſi ſibi vendicare poſſint, ſed hactenus ſaltem, ut ſi nihil aliud intercedas ipſi in emphyteuſi ſuccedant: cum alias pater non ſit perſona, quæ regulariter liberis acquirat, & ut Iaſ. d. loc. pro hac ſententia diſputat, quod pater liberis ſtipulatus eſt, revocare poſſit. 2. quia ſimpliciter verius eſt, ex huiuſmodi conceſſionis forma liberis ius quæſitum non eſſe, ſed illa verba pro filijs favore domini reſtringendi juris emphyteutici, quod natura ſua perpetuum eſt gratia, appoſita fuiſſe, eoque nihil aliud niſi ius ſuccedendi ab inteſtato liberos ſibi vindicare poſſe, perinde ac ſi ipſo iure emphyteuſis ad deſcendentes tantum vel certos eorum gradus pertineret, velut ubi â maiori Eccleſia conceſſa eſt *Nov* 120. *c.* 1. quo caſu uni filio eam prælegari poſſe non dubitaverim. Facit arg. ſumtum à fidei commiſſo relicto, ſi ſine liberis deceſſerit: quo caſu ex veriori ſententia, de qua alibi, liberi non ſunt vocati, neque in diſpoſitione, ſed tantum ut non deficiat fidei commiſſum operantur.

Eſt & hoc ſingulare.] Ait ſingulare hoc eſſe in emphyteuta Eccleſiæ, quod qui Eccleſiæ ſolvit collectas, de iure non teneatur temporali domino attribuat fiſcalia: Atquin hoc liquidum eſt, neminem teneri duplas collectas ſoluere, & ſiquidem Eccleſia ius exigendi collectas habet, neceſſe eſt eam territorij quoque & quaſi maieſtatis jura habere. Verum Dd. etiam quos citat Tr. ſimpliciter formant quæſtionem, an emphyteuta Eccleſiæ principi territorij collectas ſolvere teneatur. Cuius quæſtionis deciſio non ex privilegio emphyteutæ ſed ex qualitate rei deſumenda eſt, an videlicet res Eccleſiaſticæ ſint immunes à collectis, & ſi ſunt, an conceſſæ in emphyteuſin laico privilegium iſtud amittant. Et prior quæſtio ſecundum canoniſtas expedita habetur, quod ſint immunes, quod cauſam dedit ſtatuto Veneto, ne res immobiles ad Eccleſiaſticos transferrentur, ne videlicet reſpublica imminutis tributis damnum ſentiret. In quæſtione poſteriori pro ſententia affirmante dubium facit, quod privilegium Eccleſiæ favori datum non debet alijs prodeſſe, ſiquidem immunitas iſta non prædii eſt, ſed Eccleſiæ. Verum decidendi ratio pro ſententia negante hæc eſt, quod res in emphyteuſin data non deſinit eſſe res Eccleſiæ, cum directum dominium eius maneat, & propter hoc commodum tanto maior penſio præſtanti intelligitur: ex quo facile arg. Alexandri pro diſſ. citati reſponderi poteſt. Et hoc in collectis ordinarijs non extra ordinarijs & quas extrema neceſſitas & publica vtilitas exigit. & quas etiã clerici præſtare tenentur *arg l.* 1. *& ult. C. de immunit. conc l. qui immunitatem C. de muner patr. l.* 1. 2. *& ult. C. quib. muner. nem. licet excuſ. &c.* Alex, *conſ.* 68. *numer*, 13, *Oſaſcus deciſ.*

decis.

Digitized by Google

deciſ. 68. *num.* 8. & 95. *num.* 49. ſicut & conſtat immunitate conceſſa à muneribus quibuſcunque non contineri inſolitos, *Oſaſcus d. deciſ.* 68. & 91. ut proinde parum ſubtilis ſit limitatio Treutl. quod emphyteuta teneatur ad collectas, quæ ad defenſionem publicam coguntur quia has ipſa quoque Eccleſia præſtat.

THESIS XI.

LIT. A.

Ait acquiri emphyteuſin pactionibus: & in exegeſi ſubjicit, pactiones illas quæ contractui apponuntur, omnino ſervandas eſſe. Quibus verbis confundere videtur conventionem ipſam principalem qua conſtituitur emphyteuſis cum pactionib. acceſſorijs & adiectis. Quæ hac lit. adduntur de non remittendo canone ob ſterilitatem vel incurſum hoſtium, tractata ſunt ſupra theſ. 7. lit. F. In caſu inundationis admittam ſententiam Treutl. ſi ſit ſubitanea & brevis, cæteroquin aliud fuerit ſi ea integrum totius anni uſum abſumat & inhibeat.

LIT. B.

[*Præſcriptione.*] Ad hanc requirit 30. aut 40. annos: verum non animadverto rationem huius ſpecialitatis cum etiam dominium rei longo tempore acquiratur, & uſufructu *l. ult. in fi. C. de præſcript. long. temp.* & ergo idem in emphyteuſi, ſive ea pro uſufructu ſive pro utili dominio accipiatur. Nec quicquam obſtat *l. ult. Cod. de fund. patrim.* quia ibi agitur de fundis non privatorum, ſed Cæſaris, quos privilegio ampliori gaudere rationis eſt, cum præſertim penſionem accipiat ex ijs procurator Cæſaris, qui merito non debet præiudicare poſſe Cæſari, adeoque poſſeſſores iniquitate temporis ſe defendere neceſſe habent: & huius ſententiæ aliquot autores citat. *Iaſ. in lib. 2. C. de iur. Emphyt. 6. folijs ante fin. in 9. & ult part. gl. repellere,* quod ſufficiat longum tempus, licet communiſſ. à Dd. 40. annos requiri teſtetur.

Quod tamen cum illo.] Hoc ipſum, quod præſcriptioni iuris perpetuis locus non ſit: ſi ab initio de titulo locationis conſtet, totidem fere verbis propoſuit ſupra th. 4. lit. C.

Quod ſi tertius.] Si tertius bona fide longiſſimo tempore poſſideat, bona prioris poſſeſſoris propria fuiſſe putans, ea pro cenſiticis præſcribi affirmat, referens ſe ad tradita theſ. 9. lit F. in F. ubi in dubio bona ait præſumi potius cenſiticia. Et ergo in hoc caſu cenſitica bona opponit emphyteuticis: idque neceſſario conſequens ei eſt, quod bona propria autoris ſui fuiſſe ſucceſſorem exiſtimaſſe proponit: ſicut & neceſſum eſt ponere annuum cenſum fuiſſe ſolutum: cæteroquin abſoluto & pleno iure rem ſibi acquirit. Ad hoc autem non recte allegatur Nov. Electoris Auguſti p. 2. cap. 40. inf. quæ rectè accipitur de præſcriptione iuris emphyteutici, quia primo proponitur caſus in ipſo qui rem accepit titulo conducti, quo probato nullum præſcriptioni locum relinquit, ſed rem reſtituendam eſſe ſancit conſtitutio; ſed in tertio admittit præſcriptionem, das die Güter verjähret/ hoc ſcilicet effectu, ut reſtituere rem poſſeſſor non teneatur, quod poſſeſſor primus in præcedenti caſu facere tenetur. Illud nihil huc pertinet quod in regula iuris de negata facultate titulum poſſeſſionis ſibi mutandi traditur: quia hic alia perſona & novus poſſeſſor eſt, qui ſive pro emphyteuta, ſive cenſuario, ſive pro domino ſimpliciter ſibi ipſi poſſidere incipit: cum etiam ead. perſona, v. c. colonus, talem ſe eſſe negando, domino intervertere, & in ſe poſſeſſionem transferre poſſit, de quo etiam aliquid dictum ſupra th. 4. lit. C.

LIT. C.

Succeſſione.] Parum ſubtiliter hoc proponitur, quoniam ut ex allegatis apparet, intelligit ſucceſſionem illam per quam liberi emphyteuſin parentis ſui acquirunt: quomodo emphyteuſis cum per univerſitatem cum alijs rebus quibuſcunque hereditario iure transferatur, non recte ſucceſſio ſpecialis modus acquirendi emphyteuſin ſtatuitur: & cum ſucceſſio ſit vel ab inteſtato vel ex teſtamento, hoc tanquam ſpecialem modum proponere non debebat. Sed nimirum Tr. hic confudit modos, quibus emphyteuſis ab initio acquiritur ac conſtituitur, cum ijs quibus conſtituta in alios tranſmittitur: & cum teſtamento emphyteuſin conſtitui dicimus, intelligimus eam conſtitui per modum legati, veluti cum teſtamento uſumfructum vel ſervitutis alias conſtitui affirmamus.

Adeoque tam fœminas.] Hoc certum eſt, ſed exceptio ſubiecta, *niſi aliud convenerit*, non ſatis liquida videtur, quod res acquiſita pari, æqualiter ad hæredes omnes ab inteſtata deſcendit: & diverſa ratio feudorum eſt in quæ quomodo ſuccedatur, nomatim lex diſponit: licet

ſententia Treutler. videtur eſſe communis, per notata *Iaſ. in l. 2. C. de iur. emphyt. colum. 40. fol. 169. verſ. ſecundo quæris*, ubi affirmat etiam ita poſſe accipi emphyteuſin, ut primogenitus tantum ſuccedat. Pendet autem huius rei deciſio ab ea quæſtione, an uti ex heredibus paciſci & conſulere poſſimus, de qua actum eſt ſupra *diſp. 6. th. 6. lit. F.*

Lit. D.

Negat hic immunitatem à præſtatione penſionis lōgiſſimo tēpore præſcribi poſſe. Sed quæſtio diſtinguenda eſt, ꝙ aut fatetur ſe emphyteutam, & ſola ceſſatione ſolutionis ſe defendit, & veram non dubito Treutl. ſententiam, quod præſtatio penſionis ſit de eſſentia emphyteuſis: ut proinde licet defendatur redditibus annuis longiſſimo tēpore præſcribi poſſe, de quo agitur infra *part. 2. diſput. 22. th. 3. lit. l.* ea tamen ſententia huc accommodari nequeat, quod qualitas illa emphyteutica præſcriptioni huic adverſetur. Plane quoad penſiones præteritas recte ſtatuemus præſcriptioni locum eſſe. Quod ſi autem poſſeſſor, qui emphyteuta arguitur talem ſe eſſe canonemque ſe debere negaverit, & ita pro ſuo poſſidere cœperit, iam non de præſcriptione immunitatis, ſed directi dominii quærendum eſt: cui præſcriptioni in his terminis locum eſſe, ratio iuris evincit, & ꝓbat *Iaſon in d. l. 2. C. de iur. emphyt. fol. 6. ante fin. in ult. part. gloſſ. repellere, fol. 173. B. verſ. 3. quæris* ubi ait non poſſe præſcribere emphyteutam, quamdiu alium agnoſcit directum dominum, ſed facto interveniente poſſe, non nuda deſtinatione, id eſt, ut explico ſi negando canonem & ius emphyteuticum, ſtatum rei mutare, poſſeſſionemque pro ſuo interverſo domini iure adipiſci cœperit. de quo vide alios ibi allegatos *à Iaſ. Cynum & Salicet. in l. 2. & 7. Cod. de præſcript. 30. annor.*

Lit. E.

Quæritur hic an repudiata hereditate filius emphyteuſin retinere poſſit: cuius quæſtionis negativa pars quam Treutl. ſequitur, in emphyteuſi ſimpliciter conceſſa & accepta, omni dubio caret, ſicut & eo caſu quo pro heredibus accepta eſt. Verum ſi accepta ſit pro ſe & filiis, in quibus terminis loquitur *Clar. cit. quæſt. 37.* contraria pars communior eſt, *teſte eod. Clar. & Iaſ. in ſap. d. l. 2. de iur. emphyt. 4. fol. ante fin. in tertia quæſt.* Sed hic quoque cum Treutl. ut ſentiam ratio iuris facit, cum illa adiectio *pro filiis*, denotet ſaltem perſonas ſuccedentes, minime autē efficere poſſit, ne emphyteuſis ſit hereditaria: qua poſita qualitate ſeparationi illi locus eſſe nequit: & fruſtra fingitur tale ius quæſitum filiis ex quo patre mortuo proprio iure emphyteuſin ſibi aſſerant. Neq; huc facit ꝙ *in l. 45. §. 2. de V. O.* ex ſtipulatione patris poſt mortem patris filiæ actio quæritur: quoniā hoc fit in illo caſu recta, neque per tranſmiſſionem à patre: nec quiſquā dixerit, in noſtro caſu filios tāquam ex ſtipulatione patris perſequi emphyteuſin poſſe.

Lit. F.

Tandem, inquit Treutl. naturales & legitimatos filios in emphyteuſi civili ſuccedere exiſtimo: adeoque, quod *& ex Clar. cit. in §. emphyteuſis. quæſt. 31.* apparet, negat eos ſuccedere in emphyteuſi Eccleſiaſtica. At quin hoc primo ſimpliciter male proponitur, quoniam ſi pro quibuſcunque heredibus, imo etiam ſi pro heredibus tantum accepta ſit emphyteuſis Eccleſiaſtica, eam in heredes extraneos tranſire ipſe admittit Tr. th. præc. lit. B. atquin legitimati liberi etiā non inſtituti ab inteſtato ſuccedūt. 2. aſſertio Tr. perſpicue falſa eſt in legitimatis per ſubſequens matrimonium, quos omnino ius Can. agnoſcit & legitime natis exæquat, *cap. tanta, extra, qui filij ſint legit.* Sed & ſi proponātur liberi legitimati per reſcriptum Nov. 74. & 89. quibus locis dicuntur ab aliis liberis nihil differre, idē ſtatuerim: quod utique ius Can. autoritati Imperatoris, quoad effectum legitimationis nihil derogat: omnimodo autem ita ius erit. ſi legitimatum à Pontifice proponas: cuius poteſtatē qui non agnoſcunt, eo facilius legitimatos à principe à quacunque emphyteuſi admittent. Apparet autem huic quæſtioni tantum eſſe locum in emphyteuſi reſtricta ad liberos vel ad certas generationes: in quibus terminis expedita deciſio eſt illos ſucceſſuros, qui eo iure, quo concedens utitur, pro liberis habentur: quamvis videri poſſit etiā eius iuris habendam rationem, quo emphyteuta utitur, in quod ipſa conceſſione à domino cōſenſum videtur. Et ergo labitur cum Tr. Clar. indefinite hoc negans, & gravius quæſt. 30. ubi etiam naturales tantum in civili emphyteuſi ſuccedere, & in contractibus regulariter filiorū appellatione etiam naturales venire falſo affirmat. Equidem ab inteſtato naturales non ſuccedere conſtat, inſtituti autem tanquam extranei veniunt, neque adeo emphyteuſis capaces niſi ſpeciali voluntate patris, accedente qualitate emphyteuſis, ſi in perpetuum vel pro heredibus conceſſa proponatur.

THE-

Digitized by Google

THESIS XII.

LIT. A.

An idem eſt laudemio]Rectiſſime hoc negatur, & vix ratio dubitandi, quod circa textus pœnalia extendi non poſſunt, cum longe etiam diverſa laudemij & canonis ratio ſit. De diſtinctione bonorum emphyteuticorum & cenſiticorum iam bis in præcedentibus egit: quæ magis autoritate interpretũ quam niti videtur & difficilem huius rei diſtinctionem eſſe, agnoſcit citata N. Electoralis: quo reſpexiſſe videtur *Tiraqu. de retract. p. 1. § 34. gl. 1. in pr. velut & Bart. in l. 1. C. h. t. col. 2.* emphyteuſin & libellarium contractum differre negat, quos tamen alii arbitrarie diſtinguere ſolẽt: de qua re & horum affinium inter ſe contractuum diſtinctione v. omnino *Iaſ. in l. 1. C. h. t. col. 6. verſ. iuxta has.*

LIT. B.

Ipſo iure.]Probo hanc ſententiam, quia lex ceſſationi canonis caducitatis pœnam ipſa indicit *l. 2. C. h. t. & Nov. 7. c. 3.* Sed ut legis hic effectus ſequatur, neceſſum eſt de facto conſtare, ꝙ ceſſatum ſit, & dominum ius ſuum exercere: ex quo fruſtra in contrarium adducuntur verba *d. l. 2. ſi voluerit:* & ita compenſatio ipſo iure fieri dicitur, dummodo debitũ liquido ſit probatũ, iuxta non not. ſupra, *diſput. 25. th. 10. lit. E.* vide de hac quæſtione *latiſſime Iaſ. in d. l. 2. colum. 2. cũ multo ſeqq. verſ. quinto nota,* ubi recte tradit non poſſe à tertio emphyteuta ex hac cauſa opponi caducitatem: quoniã dominus ius ſuũ remittere poteſt.

Antequam autem dominus.] Fructus ante declarationem voluntatis domini perceptos ad emphyteutam pertinere ait, ita quidem, quæ ſententia eſt citati Fach. ut eos lucretur: cuius rei unicũ fundamentũ adducitur à Fach. ꝙ interim maneat utilis dominus. Contrariã ſententiam, ꝙ declaratione ſequuta fructus retro perceptos reſtituere teneatur communem eſſe colligitur ex traditis *à Iaſ. in l. 2. C. h. t. colum. 5. verſ. ſecundo quæro.* ubi duplicem pro ea rationem adducit quod nec malæ fidei poſſeſſor nec uſufructuarius iure ſuo finito fructus ſuos faciat. Quamvis utrique rationi una reſponſione ſatisfiat, quod ut iam dictum cum dominus poſſit ius ſuum remittere nec effectus legis, privatio, niſi declarata domini voluntate ſequatur, nec emphyteutam, qui ſperare poteſt dominum iure ſuo non uſurum ſimpliciter pro malæ fidei poſſeſſore, nec emphyteuſin pro finita habendam. Facilè etiam reſpondetur fundamento Fachin. quod cum ipſo fatente finito triennio poteſtate legis emphyteuta iure ſuo privetur: ſequuta declaratione voluntatis lege operante effectus quoque privationis ſtatim à finito triennio inducetur: neq; enim declaratio illa privationem inducit, ſed tantum quod dominus iure ſuo uti velit, oſtendit, & proinde retro ex eo tempore quo poteſtate iuris emphyteuta privatus fuit, nihil amplius ex fundo ſibi vindicare poterit, quod alias neceſſario contrâ ſententiam ipſius Tr. & Fachin. imo *d. l. 2. C. h. t.* ſequeretur, legem non niſi à tempore declarationis ſequutæ operari. Atque hanc ſententiam magis probo, ſub hac tamen limitatione, niſi vel quia dominus præſens ſciens tacuit, vel ex aliis circumſtantiis, emphyteuta probabiliter ſpem retinendæ emphyteuſis ſibi facere potuit: quam limitationem Corbuloni tribuit Fachin.

Quid ſi Emphyteuta.] Tractat hanc quæſtionem *Iaſ. in l. 2. C. h. t. colum. 16. quæſt. 16.* & probat quod emphyteuta qui ſolidum non ſolvit omni iure ſuo cadat. Quam ſententiam nõ probo, quia pœna iſta privationis non tã introducta eſt ꝓpter pecuniariũ intereſſe domini, quod in aliis caſibus v. c. ſtipulationibus pœnalibus obtinet, quã potius, quod emphyteuta non ſolvens præſumatur dominum iure ſuo intervertere, eumq; nõ amplius recognoſcere velle. Fachin. ita limitat, modo tantum ſolverit emphyteuta, quod unius anni conficiat canonem. Ego tentaverim idem eſſe licet minus ſolverit adeoque dominum ex contractu ad integram penſionem agere debere, itaque hoc obtinere, ut nec pars rei fiat caduca.

Et an dominus.]Latiſſime hãc quæſtionẽ exequitur idẽ *Iaſ. in d. l. 2. col. 30. ad gl. verbo magnã repellere, verſ. clara,* ubi itidem propria autoritate emphyteutam à domino expelli poſſe male affirmat. Ratio à colono deſumta ipſum vel maxime oppugnat, quia ꝙ hãc expelli poſſe dicitur *l. 3. C. ſ. ocatil. 54. §. 1. eod.* liquido ad iuris remedium pertinet: Fundamentum alterum à poſſeſſione domini civili deſumta falſum eſt, & ex vera iuris ratione dominus nullo plane modo poſſidet, & utcunque commentum illud Dd. admittamus, imaginaria tamen illa poſſeſſio, expellendi ius emphyteutam reali & vera poſſeſſione præſtare non poteſt, & omnino ratio illa ſibi ipſi ius dicendi à iure noſtro plane abhorret.

LIT. E.

Et ſi interpellatum non ſit.] Ex l. 2. C. h. t. & communis eſt ſententia diem citra interpellationem debitorem conſtitue-

re

Digitized by Google

re in mora, idque vel maxime ſi de committenda pœna agatur *l.12.C.de contrah.ſtipul. l. 23. de oblig. & action. de quo pluribus infra part.2.diſput. 3. theſ.6.lit.C.*

Lit. D.

Hanc itidem quæſtionem fuſe tractat *Iaſ in d. l.2.C.h.t.gl.1. quæſt 29.* Et in emphyteuta Eccleſiaſtico celerem ſatisfactionem admitti textus eſt in cap.potuit,extra,locati: in civili oblatione quantumvis celeri non evitari pœnam nec purgari in communis eſt Dd. ſententia quam refert & ſequitur *Iaſ cit. loc.* Iure noſtro duplex eſt purgatio moræ, altera communis, ad tollendos effectus moræ v.c. uſuras, rei periculum in futurum: altera ſpecialis in obligationibus facti, cuius præſtatione ante litem conteſtatam evitatur præſtatio eius quod intereſt. Talis autem purgatio ut iuri iam quæſito alterius præiudicetur in præteritum, iure noſtro incognita eſt, maxime ubi ipſa lex pœnam inducit, cum alias communis ſententia ſit ubi pœna etiam conventionalis & dies eſt, purgationi ad effectum evitandæ pœnæ locum non eſſe, quod citato adſtruit Iaſ. & Tr. infra p. 2. diſp.3.th.9.lit.H. Ideoque ſententiam hic Tr. probatam veram puto, etiamſi ante declarationẽ domini oblatio facta fuerit, quam quorundam diſtinctionem citato loc. refert Iaſo. quoniam ut ſupra dictum non declaratio illa, ſed lex privationem inducit.

Lit. E.

Alia nec minus minus controverſia hic proponitur quæſtio, an dominus poſt triennii ceſſationem remiſiſſe caducitatem intelligatur: quã diffuſe tractat *idẽ Iaſ. in l.2.C.h.t.fol.1t.col. circiter 44. verſ. in ea.* ubi poſt relatas varias variorum opiniones & diſtinctiones tandẽ concludit quod dominus recipiẽdo canonem etiam præteriti tẽporis citra expreſſam proteſtationem ſuper iure expellendi ſibi præiudicare intelligatur. Quam ſententiã ego quoq; contra Tr. probo. Etenim emphyteuta canonem non ſolvens duplici cauſa iure ſuo privatur, tũ quia penſionis damno dominum afficit, tum præcipue, quod non ſolvendo quodammodo emphyteutam ſe negare videtur. Cum igitur poſt elapſum tempus canonem offert, utrumque hoc vitium purgat, & dominus recipiẽs canonem ipſum pro emphyteuta agnoſcere videtur. Et cum verius ſit dominum ſimul & canonem exigere & emphyteutam expellere non poſſe, quo faciunt not. lit.F.h.th. quod ex hac cauſa emphyteuta expulſus meliorationes ſuas amittat: Siquidem dominus exigere non poteſt canonẽ ut ſalva ſibi maneat rei vindicatio, etiam recipiendo eum iuri vindicationis renunciaſſe crederetur. Facit ꝙ cum privatio ſit revera pœna, regulariter res ipſa & pœna ſimul peti non poteſt, facis & *l 4. C.de pact.int.emt. & l. 10. inf. de vect.* Nec obſtat quod dicitur canon recipi pro perceptis fructibus pœna a. pro ceſſatione infligi: quoniam principalis penſionis ſolvendæ finis eſt, recognitio domini. An a. ſolutio à tertio facta vel oblata, emphyteutæ ad pœnam evitationem proſit, vide *Iaſ. iul 2.C.h.t.in prima gl. qu. 25. col.20.*

Lit. F.

Vtrumque ſimul exigi nequit.] Id eſt ut & pœnam conventam præſtet, & emphyteutam expellat, quomodo hunc caſum proponit cic. *Clar.q.8. n.12.* niſi tamen expreſſe hoc actum ſit, ut utrumque peti poſſit *gl in l.2.C.h.t. & ibid. Iaſ colum.52. verſ. in ea gl. pag 172.* ex quo etiam in ſeqq. *verſ. limitat tamen* alia exceptio fieri poſſit addenda, ſi adiecta fuerit clauſula, rato manente pacto. Verum hæc limitatio ad illam propoſitionem pertinet, quod dominus ſimul penſionem & pœnam conventam exigere non poſſit, qui in aliis quoque caſibus huius clauſulæ effectus, ut inhibeat effectum tacitæ novationis, de quo *in l.44. § ult. de obl. & act.* cæteroquin ut duplex pœna peti poſſit, non operabitur. Et ex hoc quod pœna conventa & penſio ſimul exigi non poſſit firmatur diſputatio ad lit. E. quod dominus recipiendo penſionẽ non poſſit exercere ius caducitatis: quoniam non diverſa legalis & conventæ pœnæ hac in re videtur eſſe ratio,

THESIS XIII.

Vbi heredum nonſolvente totam emphyteuſin amitti affirmat. Hanc ſententiã ſummi iuris eſſe cui æquitas repugnat, ait *Mynſ 3.obſ.99.* & rigoroſam appellat *Clar.q.8.n.13.* eam tamen probat *Iaſ in l.2.C.h.t q.17.col 16.* Vnicum illius aſſertionis fundamẽtum eſt quod ſubiecta pœnalis ſtipulatio, ſicut ipſa individua eſt, ita principalem quoque obligationem individuam efficit, ita ut præſtatione partis non evidetur pœna, & niſi toto præſtito in ſolidum pœna committatur *In l. executione 85. de V.O. iuncta l. etiam partis, d. legat.1.* cũ aliis citatis *à Fachin.1.contro.6.7.* ubi reſpondet (quod omnino falſum eſt,) heredes non venire ex perſona defuncti, ſed tanquam novas emphyteutas. Ego dubito, an eadẽ pœna legalis & conventionalis in odioſis ſit facienda ratio *arg. l. fraudati 18.§.1. de public.* qui textus bene fac. contr. Tr. ſed & privatio non inducitur recta, propterea quod ſolidum nõ præſtitum eſt, ſed ut

ſæpe

Digitized by Google

ſæpe dictum primo & principaliter propter neglectam cognitionem domini & præſumptam voluntatem intervertendæ poſſeſſionis. Quod ſi in præſtatione canonis etiam rationem compenſandi fructus reſpicias & conſideres, tanto minus ſententia illa Iaſ. habebit locum: quæ procul dubio etiam in locatione ratio eſt. Neque videtur ead. huius obligationis ratio: fundum dabis & ſi non dederis, centum: quæ huius, ex qua ſingulis annis ſub pœna privationis, certa penſio debetur.

Lit. D.

Nec invito domino illud deſerere.] Probo hanc ſententiam, quod emphyteuſis non per modum beneficii, ſed alterius contractus ex quo mutuæ præſtationes ſunt, conceditur: eaque ſententia communiſſima eſt per tradita à Iaſone *l.2.C.h.tit. colum.7 verſ.principaliter*, *& à Tiraquell. de retract p.1.§ 34.gl 1.nu.1. & ſeqq.* Nec ullo modo ſtringit ratio qua contrarium defendit *Gonan. 7. comm.12.nu.7.* quod ceſſando in ſolutione rem facit eſſe caducam: quoniam fit hoc modo caduca, ſi dominus doluerit, cuius favore, non vero emphyteutæ hoc conſtitutum eſt: quomodo cõductor mercedem non ſolvens expelli poteſt, quem tamen contractui ex arbitrio ſuo renunciare non poſſe ſatis liquidum eſt.

Lit. E.

Nec invito domino alienare.] Abutitur cum Dd. Tr. textu *in l. 3. C. de iur. Emphyt.* ex qua, docet *verſ. ſed ne hac*, & alias diximus, non niſi tenetur emphyteuta denunciari domino, ipſique prærogarivam hanc relinquere, ut dominus extraneo emtori præferatur: & hoc inſuper ita demum, ſi dominus intra duos menſes voluntatem ſuam declaraverit: quibus elapſis, emphyteuta impune etiam invitiſſimo domino euius meliorationes vendere poteſt: ut proinde errent qui emphyteuſin inter claſſem rerum alienari prohibitarum referunt, & eandem emphyteuſeos quæ feudi eſt hac in re rationem eſſe putant.

Nequidem permutando vel donando.] Nobilis in hac materia iſta quæſtio eſt, fuſiſſime tractata à *Iaſ. in l.3.C.h.t.col.* 14. *cum ſeqq.* Et pro Tr. facit, quod Iuſtin. *in l.3.* utitur verbis generalibus *alienationis & translationis*: ſed ex adverſo, quod cõſtitutio einſdem l. 3. de denunriat. domino facienda & huius prærogativa, donationi accommodari non poſſe videtur. Quamvis dici poſſit, nihil abſurdi eſſe, ſi præſertim in conſtitutionibus Iuſtin. verbum generis de ſpecie accipiatur, cum ipſe etiam verbum alienationis quo initio utitur, per verbum venditionis poſtea ſubiectũ explicare voluiſſe videatur: quo facit quod in pr. d. l. de alienatione & ipſius juris emphyteuti & meliorationum tractatur. Neque eandem eſſe rationem venditionis & donationis, tum ex ſe perſpicuum eſt, tum confirmatur *argu. l.ult.C.de decur. præd.* ubi decuriones qui vendere prohibentur donare poſſunt: licet ſpecialis ibi ratio ſit, quod occurrere voluit conſtitutio caſui à quo magis erat periculum, ne decuriones ad inopiam redacti non eſſent ferendo oneribus neceſſariis. Poſſet etiam conſtitutio *d.l.3.* ita ad donationem accommodari, ut denuntiatione domino facta hic jus habeat offerendi iuſtum pretium, quod in locum juris emphyteutici, cui emphyteuta donatum voluit, accipiat: quæ conſideratio etiam proponitur *à Iaſ. cit. loc.* Verum ne prolixius agã omnino probo Iaſ. qui rectiſſime & forte unus advertit, quod pr. quidem d.l.3. ſit generale, quo prohibetur emphyteuta jus ſuum in alium transferre, hoc fine, ne domino inſcio aut invito alius ſubſtituatur emphyteuta, & ille laudemio privetur: ſed *verſ. ſed ne hac d.l 3.* eſſe ſpecialem, & ad contractum venditionis tantum pertinere, quem ſi facere velit emphyteuta forma præſcripta uti neceſſe habeat: exteroquin in aliis caſibus ſatis eſſe, ſi domino rem ſe donare vel permutare velle ſignificet, ut ſc. novus emphyteuta voluntate & autoritate domini inveſtiatur, & in poſſeſſionẽ inducatur, & domino laudemium ſolvatur. Hæc ſumma eſt eorum, quæ prolixe in hanc ſententiam diſputat Iaſ. & conveniunt etiam cum iis quæ *Sichar. in d. l. 3. & alij Dd. communiter tradunt*, ipſo fatente Iaſ. & teſtante quod controverſia hæc Dd. magis in verbis quam in rebus conſiſtat. Secundum quæ nihil obſtat, quod aliqui ita futuram dicunt. ut domino nulla contra novum emphyteutam, cum quo nihil contraxit futura eſſet actio Etenim ab eo dum inducit in poſſeſſionem ſtipulari poteſt, quod etiam Iaſon reſpondet: & cum emphyteuſis tranſeat cum onere, rei vindicatione etiam contra quemcunq; emphyteutam domino ſatis eſt conſultum: & aliàs idem incommodum fuerit, ſi domino emere nolente, alteri res vendatur, de quo v. etiam notata *à Iaſ. in l. 2. C. h. t. col. 55. verſ. in eagl. pag. 172. B.* Et hæc ſententia omnino tenenda eſt, quicquid etiam opinetur Treutler. qui quoniam Dd. communiter pro diſſ. citat minus recte ſentire videtur.

Digitized by Google

Hic quæritur.] Negat Tr. dominum directum cogi poſſe, ut vel ipſe emat prædium, vel alteri vendere permittat. Huic ſententiæ obſtat jus regulare *in leg. 3. C. h. t.* quo permittitur emphyteutæ denuntiatione prius facta fundum venalem proſcribere, & domino intra duos menſes pretium non offerente nec jure ſuo utente, in alium libere & impune transferre. Neque videtur ſufficiens ſpecialitatis ratio deſumi poſſe à perſona nobilis: ſive reſpectu domini directi ſive ruſtici emphyteutæ, neque intereſſe domini, à quo accipiat penſionem, cui etiam honorificentius ſit nobilem emphyteutam habere. Neque illud ſufficere ad fundandam exceptionem poteſt, quod fortaſſis à nobili difficilior futura ſit exactio: ſicut nec illud, quod res dicitur non poſſe alienari in potentiorem: quod eo tantum pertinet ne alteri durior adverſarius objiciatur. Nec quicquã apud Jaſon. cit. reperio, niſi quod *in l. 3. C. h. t. col.* 8. ex illa ipſa lege notat, non poſſe emphyteuſin vendi perſonis prohibis: ne quicquam facit l. milites. C. locati quæ à conductione prædiorum milites arcet.

LIT. F.

Sed bene oppignorare.] Communis hæc ſententia eſt teſte Jaſ. *in d. l 3. C. h. t.* niſi quod aliquorũ hanc ſententiam refert, emphyteutam debere & hoc denuntiare domino, ut hic potius rem accipiat pignori, ſi ſummam pecuniæ emphyteutæ mutuo dare velit. Cæterum nullum infertur iniqua conditio domini, nec quicquam fit contra *l. 3. C. h. t.* quoniam emphyteuta non ſolvente creditor rem diſtracturus, perinde ac ſi ipſe emphyteuta venderet domino hoc denuntiare debet.

LIT. G.

Conditionem ex lege] Breviter hanc quæſtionẽ attingit *Iaſ. in l 1. C. h. t. col. 15. in fi.* ubi refert & ſequitur communem hanc opinionem, quod naſcatur conductio ex l. Zenon. hoc præcipue fundamento, quod contractus ille citra conſtitutionem illam non fuerit per ſe validus ſatis ad producendam actionem. Sed magis eſt ut falſum ſit, & quod ante Zenon. competierit actio locati vel venditi, quæ poſtea diſtincto non noviter introducto contractu, ipſa quoque diſtincta & propria actio eſſe ceperit: cum præſertim, quod Dd. admittunt hic contractus ſit nominatus, & condictio ſpeciale actionis genus, quæ huic contractui conſenſu conſtanti & varias præſtationes utrinque habendi, non recte videatur accommodari. Accedit. quod lege Zenon. ut ſupra probatum, nova obligatio introducta non eſt, quã requirit cõductio ex lege *l. 1. de cond. ex leg.* Et quorundam Dd. ſententiam, qui actioni ex cõtractu proprio hic locũ faciunt, citato loc. refert Jaſon.

Nec Emphyteuſi.] Etiam ubi tempore aut ex pacto in generatione certa & ita ſine culpa emphyteutæ ius ipſius finitũ eſt, meliorationes ad dominum pertinere affirmat. Contraria ſententia communis eſt teſte *Clar. in §. emphyteuſis q. 45.* Diſtinxerim inter meliorationes præciſe neceſſarias, quæ partem rei faciunt & ab ea ſunt inſeparabiles, puta incultūram & curam rei factæ: in quibus procedit ratio Fachin. pro domino quod eum emphyteuſis ſub lege meliorationis detur, impenſæ ex natura contractus veniant: inter eas, quæ poſſunt ſuperari, velut ſi fundo ædes impoſuerit; in quibus falſa eſt ratio Fach. qui tamen de his etiam quærit, adeoque cum eo Tr. errat. Idque vel maxime obtinebit, ſi penſio fructibus ſit proportionata.

Nec tenetur dominus.] Hoc in caſu privationis ob culpam emphyteutæ omnes admittunt: ſed in caſu à Tr. propoſito pleri que exiſtimare videntur, quod teneatur dominus ſi rẽ alii in emphyteuſin concedere velit, eam proximo cognato prioris emphyteutæ, ut loquuntur, reſirmare. Sed ex revera inanis iſte æquitatis prætextus, neque ulla actio aut obligatio, qua dominus adſtringi poſſit: cum huic fini terminus adiectus ſit, ut res ad dominum revertatur, qui iure ſuo cui vult beneficium dare poteſt. Tandẽ libet quærere quis ſit effectus pacti inter dominum & emphyteutã, de non expellendo. Et ex ſententia Dd. aut eſt ſpeciale de caſu ceſſationis & non poteſt expelli per *not. Iaſ. in l. 2. C. h. t. col. 39. pag.* 168. quod Cyn. contra modernos quoſdam, ut loquitur, *in d. l. 3. n. 9.* ait eſſe verum ſicut Evangelium: aut generale, & eo nõ obſtante ob ceſſationem expelli poſſe ſtatuunt *Iaſ. poſt Cyn. Salicet. & alios d l. 2. colum. 8. verſ. 8. principaliter.* Cui obſtat quod ita pactũ hoc nihil videtur operari, cum alias ſolvens non poſſit expelli, ex qua cauſa *Iaſ. in l. 3. C. h. t. col. 2. poſt Dd.* communiter ſtatuit pacto adjecto, ut liceat alienare cui voluerit, poſſe hoc emphyteutam facere non requiſito domino. Niſi dixeris, operari hoc pactum in caſu deteriorationis vel citra denuntiationem factæ venditionis: ſiquidẽ quod de pœna non opponenda in caſu ceſſationis dicitur *in d. l. 2.* aliter accipi nõ poſſe videtur, quam de ſtipulatione pœnali de expellendo, inter emphyteutam & dominum interpoſita: & eſt

illa

Digitized by Google

illa cauſa privationis ob non ſolutum canonem cæteris gravior, quod præſumitur domino jus ſuum intervertere velle. Cæterũ parum facit pro Dd.l.54.§.1. locati, ubi etiam promiſſa pœna tamen colonus non ſolvens mercedem expelli poteſt. Etenim locator conductorẽ etiam intẽpeſtive turbare & prohibere de facto poteſt, in quẽ caſum committitur pœna, cum alias nuda actio ex conducto daretur ad intereſſe, in cuius quaſi locum ſuccedit pœna *arr. § ult. l. de V.O.* ſed potentius ius eſt emphyteutæ, reale ſcilicet & domino propinquum.

Ad

DISPUTATIO XXX.

DE PRÆSCRIPTIS VERBIS.

THESIS I.

LIT. B.

Ceſſantibus vulgaribus actionibus.] Cauſa ejus quod ſequitur non eſt qualitas actionis, quod verba Tr. præ ſe ferunt, ſed negotii, quod nomine cum careat, & tamen æquitas actionem dari ſuadeat, ea in factum appellatur. Neque diſſimiliter offendit aut confuſe agit lit. C. ubi inconſideranter actione in factum comprehendi ait omnes cõtractus innominatos. Illud liquidum eſt, quod actio in factum latius pateat, quam actio quæ ex contractibus innominatis datur: & poteſt ea diſtingui, quod alia ſit quaſi ordinaria, velut quæ deſcendit ex contractibus innominatis: alia extraordinaria & ſubſidiaria, quæ actione alia deficiente ex mera æquitate accommodatur: quæ itidem varia eſt, vel quia caſus legis & verba caſui alicui accommodari non poſſunt, cujuſmodi exemplum eſt *in §. ult. Inſtitut. d. L. Aquil.* vel quia qualitas perſonæ ordinariam actionem excludit, qualis eſt actio in factum ex cauſa doli à parte vel patrono commiſſi *l. 11. de dol. mal.* Rurſus alia eſt ſubſidiaria actioni perſonali, alia reali, ut in ſpecie *l. 23 § 5. in fin. de rei vind.* Et deniq; alia eſt civilis alia prætoria, prout aut actionibus ex L. vel edicto prætoris introductis ſubſidiaria eſt. Ex quo poſſit videri erraſſe Treuler. lit D. ubi actionem in factum accommodatam L. Aquil. prætoriam eſſe dicit: (ubi etiam incongrua locutio, quædam ſunt prætoriæ ut actio in factũ, &c. omniaque fere prætorum edicta) niſi quis exiſtimet etiam has actiones in factum quæ actionibus civilibus ſubſidiariæ ſunt, prætorias eſſe, appellandas: quod tamen fatendum erit, non eod. modo fieri aut dici, quo actiones quæ ſubſidiantur prætoriis, in factum eſſe dicuntur. His conſequens eſt tripliciter peccare Tr. *d. lit. D.* 1. dum actionem civilem in factum de qua *in l. 5. d. præſcr. verb* ſub idem proximum genus actionem in factum refert cum actionibus in factum prætoriis ſubſidiariis, quarum ſpecies *in §. ult. Inſtit. ad L. Aqu.* quoniam illæ ordinariæ ſunt ex negotio civili deſcendentes, ut docet Ulpian. *in l. 7. § 2. d. pdct.* & ideo tantum in factum apellantur, quod alio proprio nomine ſunt deſtitutæ. 2. quod actionem in factum ſimplicem ſpeciem facit actionum in factum civilium, cum tamen etiam actio in factum prætoria recte ſimplex appelletur: ſiquidem ipſe Tr. actionem ſimplicem in factum opponit actioni in factum præſcriptis verbis: cui etiam actionem in factum prætoriam opponi pluſquam perſpicuum eſt. 3. quod actio in factum præſcriptis verbis, opponitur actioni præſcriptis verbis tantum: etenim utique hæc una eademque actionis in factum ſpecies eſt. Ubi tamen illud obſervandum, quod actio præſcriptis verbis duplex videtur, altera quæ ex quatuor illis articulis ſive ſpeciebus contractuum innominatorum, de quibus *in l. 5. h. t.* deſcendit, altera quæ ex variis negotiis, quæ ſub quatuor illas ſpecies commode referri non poſſunt, oritur, quod textus paſſim ſub hoc tit. oſtendunt. Notandum & hoc, quod actio in factum aliquando quamcunque actionem utilem, quæ non ex verbis legis ſed ex interpretatione eſt, deſignat, ut ea ipſa tamen actioni in factum mere ſcilicet ſubſidiariæ, deficiente etiam interpretatione, opponatur, quod in materia L. Aquil. contigit *arg. §. ult. Inſt. d. L. Aquil. & l. 9 in pr. D. eod. iuxta notat. ſupr. diſp. 18. th. 12. lit. A. & ſeqq.* & eadem actio diverſo reſpectu utilis & directa vocari poteſt: velut publiciana reſpectu civilis vindicationis, utilis, reſpectu edicti prætoris ex cujus deſcendit, directa eſt, & aliam utilem publicianam habet: quod etiam in ſpecie actionis quaſi Servianæ contingit.

THESIS II.

LIT. A. & B.

Quod ideo ſit] Sequitur hinc, præter has actiones duas, ex permutatione & æſtimatoriam, reliquas omnes quæ ex innominatis contractibus deſcendunt, actiones ſtricti juris eſſe, quæ etiam communis Dd. ſententia eſt, eo quod illarum duarum actionum tantum

mentio ſit *in §. actionum. Inſtitut. de action. Verum* id ideo factum videri poſſit, quod iſtæ quæ actiones quodam modo nominatæ ſunt, de quo actionum genere tantum *in d. §.* tractatur. Et *Iaſ. in l. 1. col. 2. de æſtimat. action.* nullam aliam differentiæ rationem afferre poteſt, quam quod contractus ille æſtimatorius & permutatio ſimiles ſint emtioni. Verum hoc idem de contractu do ut facias, vel facio ut des, aut facio ut facias, propter affinitatem quam cum locatione vel mandato habent, affirmari poſſit: ex quo non pauci emphyteuſin, licet in *d §.* non relatũ, propterea quod emtioni aut conductioni affinis eſt, bonæ fidei eſſe defendunt. Illud lit B. quod æſtimatoria qualitatem principaliter deſignet adjectam actioni præſcriptis verbis, perſpicuum eſt, quod ſimpliciter citra ullam elegantiam proponit *cit. Iaſ. in l. 1. h. t.* Quæ traduntur lit. C. & D. facilia ſunt & proponuntur *in l. 1. & 2. d. æſtimat. action.* quoniam æſtimatio adiecta, facit, ut nec interveniente mercede locatio videri poſſit: quod procul dubio ſecus fuerit, ſi ſub nulla certa æſtimatione res vendenda data fuerit.

LIT. E.

Ergo periculum.] Ubi res æſtimata vendenda data eſt, omnino affirmandum ait in eum tranſire periculum qui æſtimatam accepit, ſubiiciens tamen adhibendam eſſe diſtinctionem Vlpiani *in l. 17 §. 1. hoc tit.* Et ergo cum diſtinguat, non omnino affirmat, imo cum frequentius principium contractus ab eo cuius res eſt, proficiſcatur, frequentius, ad eum qui rem æſtimatam dedit periculum pertinebit. Etenim quod ex verbis Tr. & in cõtrarium allegatis apparet, diſtinctionem Ulpian, tanquam primam huic quæſtioni accommodat, ut quomodocunque res æſtimata data ſit, ſi modo contractui ipſe dominus cauſam dederit, ipſius non accipientis ſit periculum. Quod non videtur ſatis convenire generalitati text. *in dict. l. 1. §. 1. d. æſtimat. action.* ubi ſimpliciter æſtimationis factæ ſub hac qualitate, ut vel res incorrupta reddatur vel pretium reſtituatur, hic effectus proponitur, quod periculum ſit accipientis, idque convenit traditis ab ipſo Treutl. lit. E. & F. Et igitur videndum, an non quæ *dict. leg. 17. §. 1. d. præſcript. verb.* traditur non diſtinctio prima, ſed ſubdiſtinctio habẽda ſit. Et Weſemb. quidem in paratit l. d. æſtimat. action. intereſſe ait, an æſtimatio fuerit definita nec ne, cui poſteriori caſui accommodat diſtinctionem *d. l. 17. §. 1.* Sed quia non ſtatuto certo pretio æſtimatio vere facta dici non poteſt, nec res æſtimata data, ideo magis puto cum Dd. primo diſtinguendum eſſe, an æſtimatio facta ſit, ut loquuntur, propter ipſam rem, id eſt ut quaſi cõditionalis inter dantem & accipientem contracta ſit emtio, ut hic vel rem ipſam vel pretium taxatum reſtituere poſſit, an ei fini tantum æſtimatio adiecta, ut ſciret accipiens, quanti rem vendere deberet, qua conditione & pacto frequentiſſime propolis res vendendæ dari ſolent. Illo caſu, ſimpliciter periculum eſſe accipientis, hoc autem adhibendam diſtinctionem *Vlpian. ex l. 17. §. 1.* an à dante, an accipiente cæperit contractus. Quæ ſententia eſt *Bart. in l. 1. §. 1. d. æſtimat. action. & Iaſon. ibid. col. 3. & in § actionum inſtit. d. action. nu. 79.* quibus locis plures allegat & hanc ſententiam communẽ teſtatur, quam etiam ſequitur *Coſtal. in d. l. 1.* eiq; accommodanda eſt diſtinctio *d l. 17. h. tit.* Neque obſtant eius loci verba, *ut aut pretium afferres, aut rem ipſam reſtitueres*: quoniam ex illis non recte aut neceſſario infertur, ita conventum fuiſſe & hoc actum, ut æſtimatio redderetur ab accipiente: ſiquidem huic conventioni etiam iſto caſu locus eſſe poteſt, ubi ea gratia, ut ſciretur, quanti res vendi deberet, æſtimatio dicta fuit.

LIT. F.

Alia hic quæſtio proponitur, ſi res vendita pluris fuerit, ad quem illud lucrum pertinere debeat. Et Tr. ex conventione accipienti hoc tribuit, ſi tamen & huius periculum ſit. Verum rationis eſt, ut etiamſi periculum eius non ſit, tamen ex conventione, quaſi pro compenſatione operæ pollicitæ, ad eum lucrum hoc ſpectet. Cæterum illud quæri oportet, quid in dubio extra caſum conventionis ſit reſpondendum. Et puto hoc decidendum ex diſtinctione præmiſſa, ut ſiquidem venditio contracta eſt, & propter rem ipſam æſtimatio, facta, lucrum ſit accipientis: alioquin in altero caſu ſit dantis, niſi hoc actũ ſit ut res accipientis periculo ſit: quæ videtur ſententia *Iaſon, in l. 1. d. æſtim. action.*

LIT. G.

Connexa quæſtio eſt, an qui rem accipit, ipſo exiſtimationem præſtare & rem ſibi retinere poſſit. Quam ead. diſtinctione expediendam arbitror, ut priori caſu poſſit, poſteriori non poſſit: & contra Tr adeo ex diſtinctione *l. 17.* hoc expediri poſſe non puto: quoniam utcunque cauſa & initium contractus procedat à dante, ſi tamen ei fini tantum, ut ſciretur quanti res vendi deberet, exiſtimata ſit, ab accipiente æſtimationem

Digitized by Google

nem utcunque præſtare velit, retineri rem poſſe non exiſtimo: ſicut ex adverſo, licet initium proceſſerit ab accipiente, ſi tamen æſtimatione quaſi venditio contractus ſir ius retinendi rem illum habere defendam. Neque ex eo quod periculum accipientis eſt rem eum ſibi ratione poſſe conſequitur: quoniam periculum duplici cauſa ad eũ pertinere dicendum eſt, vel quia initium contractui dedir, ur res ſibi vendenda detur, alrerum rogavit, vel quod æſtimatione propter rem ipſam dicta emtionem quandam contraxiſſe videtur. Neque obſtat, quod ſi emtio contracta eſſet ipſius arbitrio, non eſſer rem reſtituere, quod ipſi tamen permittitur *in l.1.§.1.d. æſtimat. action.* quia reſpondeo non eſſe ſimplicem & abſolutam emtionem, ſed quaſi claudicanrem ſub racita conditione ſi accipiens voler, quam ipſa conventio de re alreri vendenda neceſſario ſecum trahit.

THESIS III.

Agitur hac th de permutatione, quæ lit. B. non ſatis commode emrionis vicem obtinere, rectius lit. C. emtioni vicina dicitur, vel porius emtio vicina permutationi, quia ut docet *ICtus in l.1 d. contrah. emt.* ex permutatione originem quodammodo traxit, & huius difficultas, quam *in d. l.1* exponit ICtus huic cauſam dedit, ut invento nummo expeditiora rerum commercia & commutationes eſſent: quo reſpexit Ariſt. 5. Ethic. ubi eleganter nummum ſponſorem futuræ indigentiæ appellat, quoniam qui pro re data nummum accipit, ſecurus ſit, quod eod. nummo rem aliã ſibi neceſſariã accipere & cõſequi poſſit.

LIT. D.

Ideo etiam in eo.] Quod hic proponitur de conditione uſu capiendi ex cauſa permutationis, id permutationi non cum emtione rantum, ſed cum omnibus titulis ad transferendum dominium habilibus, commune eſt, veluti dote, donatione, legato, datione in ſolutum, ex quibus aut recta dominium aut ius uſucapiendi transferri expeditum eſt.

Evictioq; & ratihabitio] Quod de evictione tradit ſatis intelligo, de quo mox pluribus agemus, & non recte hac in re venditionem & permutationem comparari oſtendemus: ſed quam nam ratihabitationem hic intelligat, nec ex allegatis colligi poteſt, nec ego divinatione aut coniectura aſſequi poſſum.

Differt tamen in multis.] Incipit proponere differentias permutationis & emtionis, & primam in hæc verba; in emtione cogitur emtor numos facere venditoris, & venditor rem venditam tradere: in permutatione dominium utrinque trãſferri oportet, cum conſtitui ibi non poſſit, quod pretium ſit quid merx. Hactenus Tr. Et illud de præſtatione emtoris liquidũ eſt, cuius ratio reddita eſt *ad diſput.* 28. ſed illa minus recta oppoſitio, facere accipientis, & tradere: quoniam etiam ex cauſa legati donationis &c. tradere oportet, ubi tamen dominium transferri neceſſe eſt: ideoque inter cauſas tradendi diſtingui oportet: & ſpeciale hoc in venditione, ut ſatis ſit præſtare habere licere, utcunque res proponatur eſſe aliena *l.30 §.1.d. act. emt. l.1. in princip. d. rer. permutat.* Amplius ratio in altera parte allata, cur in permutatione utrinque transferri debeat dominiũ, *quoniam non appareat quid pretium quid merx ſit,* non concludit, ſive alterutrum loco mercis aut pretii haberi dicas, ſive utrumque loco mercis: quo poſteriori poſito dominium transferendum non eſſe ſequeretur, ex verbis Paul *in l.1.d. rer. permut. inf. pr.* ibi, *ſi merx. neutrius.* ſecundum quę diſputans citari Jaſon, Conan. & Weſembec. quos quamobrem inter diſſ. referat, non ſatis intelligo. Et igitur ex verbis Treutler. differentia iſta non adſtruitur. Plane quod recte obſervat *Iaſon. in d. l.1. in princip.* verba ICti Paul. ſatis obſcura ita accipienda ſunt, ut utrumq; quod hinc inde datur pretii vicem obtinere velit ICtus, ad hunc ſcil. effectum, ut inferat, (quod toto iſta tractatio *d. l.1.* oſtendit,) utrinq; dominium trãſferendum eſſe, nec ſatisfacere obligationi ſuæ qui rem alienam permutationis cauſa dedit. Et ut paulo plenius hoc explicemus, neceſſum eſt, ut utrumque quod datum eſt, vel mercis rationem habeat, vel pretii vel alterutrius. Poſterius improbat ICtus *in f. pr.* quod ratio non patitaur ut una eademque res quaſi ſui ipſius pretium ſit, quoniam cum utraq; res ſpecies ſive corpus ſit, dici non poteſt aut conſtitui, ultra potius pretij vicem debeat obtinere. Prius etiã improbandũ videtur, quod ſi tantum rerum citra conſiderationẽ æſtimationis alicuius ratio haberetur, nihil impediret, quo minus etiam res pretioſa pro quantumque vili recte permutaretur. Relinquitur igitur tertium illud, ut utraq; res pretii loco ſit, quod res permutata altera alteram quodam modo videatur æſtimare, ita, ut altera alterius quaſi pretium eſſe videatur. Ex his infertur ad differẽtiam quinto loco *inf h. th.* propoſitam, ad illam ſc. quæſtionẽ an re aliena data contrahatur permutatio: quod Treutler, ibi in medio relinquit,

Digitized by Google

quit, & viſurum ſe ait, quid pro utraque parte probabiliter dici poſſit: & conſequenter deſtruit quod ſub prima differentia dixerat in permutatione utrinque dominium transferri oportere. Et hæc ſententia verior eſt, quæ etiam convenit iis, quæ à Cujac, quem rurſus ſibi contrarius Tr. extremo th. ſe profitetur ſequi tradita ſunt *lib 22. obſerv:* 28. ubi non diſtinguit, ſed ſimpliciter ſtatuit, ubi res aliena data eſt, non agi præſcriptis verbis ex contractu do vt des, ſed id quod datum eſt condici: quæ verba neceſſario inferunt, eum qui rem alienam dedit, non contrahere permutationem: quod etiam traditur *in § pen l. 1. d. rer. permut.* & confirmatur *ex §. 1. & ult. d. l. 1. & ex l. 1. in. f. C. eod.* ubi dicitur, ſi res non fuerit venalis, velut in permutatione proprie dicta, re evicta agi poſſe in id, vt res reddatur quæ data fuit, quoniam vt recte *Weſemb. in paratit. hic perinde eſt*, ac ſi nihil datum fuiſſet, cum hæc ſit præſtatio permutationis, vt dominium transferatur: cum quo convenit: *dicit: l. ex 1 §. ult d. rer. permut.* ubi dicitur non in hoc agi quod intereſt noſtra rem accipiſſe, ſed condictioni locum eſſe vt res contra reddatur quaſi re non ſequuta. Neque diſplicet tamen quod Accurſ *in dict § ultim.* ſubaudit particulam, *tantum* quod etiam probat *Pac. ad rubr. Cod d. condict. ob cauſ. numer. 4. & Gilbert. Reg. lib. 2. contri cap.* 10. quia *dict. l. prima in f. Cod. d. rer permutat.* electionem concedit & *in l 1. §. 1. D. eod.* re evicta in factum actionē dandam reſpondetur, quod de condictione explicare durum videatur. Neque citra iniuriam hoc videatur negari poſſe ei, qui ex parte ſua contractum implevit eique ſatis fecit: & ſi qui rem dedit, re plane & nunquam ſequuta nec de facto quidem, electionem haber, aut ad intereſſe agendi, aut rem à ſe datam condicendi: neque re poſtea evicta, vbi ad eundem ſtatum in quo antequam quicquam daretur, erat, res reducta eſt, electio neganda videtur. Neque poſſis hinc ſumere differentiæ rationem, quod res evicta, amplius dari non poteſt: quoniam actio præſcriptis verbis quæ re nondum data competit, non tam ad rem dandam quam potius ad intereſſe directa eſt *l. 5. §1 d praſcr. verb.* Et videri poſſit ICtus *in d §. ult.* reſpexit ad naturam emtionis ex cuius cauſa re evicta nunquam ad reſtituendum pretium ſed tãtum ad id quod intereſt actio ex emto comparata eſt: eoque caute & cum mica ſalis accipienda hac lit. *in prin. emtionis & permutationis in cauſam rei evicta comparatio.* Porro vt explicationi *d. §. ult. l. 1. d. rer permutat.* hoc addamus, eſt quidem Heideccius qui in diſputatione ſcripta *ad l. 5 t. h. illum §. explic. th.* 9 quod in permutatione utraque ex parte ſit locus pœnitentiæ, vt non tantum qui rem dedit, condicere poſſit, ſed etiamſi hic ad intereſſe agat, reddere quod accepit, & ita evitare condemnationem poſſit. Verum hæc ſententia nec ſatis convenit *d. §. ult.* & per ſe falſa eſt: quæ enim ratio condictionis concedendæ eſt, ei qui dedit. tum à mora & culpa alterius, tum conventione tacita quæ dationi ineſt, vt re non præſtita liceat condicere quod datum eſt, omnino ceſſat ex parte accipientis: & qui rem accipiendo ad datum vel faciendum ſe obligavit, facultatem rem reddendæ amplius habere non debet: & quod penitentiæ in contractibus innominatis eſſe locus dicitur, vel ceſſationis, vel pœnitentiæ rem repetere poſſit pertinere intelligendum eſt. Reliquæ differentiæ hac lit propoſitæ ſatis perſpicuæ ſunt, ſed quarta parum ſubtilis: quia emtio perficitur nudo conſenſu, quem ſequitur traditio ſed permutatio nō niſi traditione rei conſtituitur, quæ cum ei fini, vt aliquid detur ſiat, non poſſit accipiens dandū ad obligari, niſi res data in ipſum translata eſſet: ſed emtoriam ex conventione præcedente ad pretium præſtandum obligatus fuit, non vero ex traditione demum ad id obligatur.

THESIS IV.

Contractus innominatus.] Diſſenſiſſe hinc ait Coraſ. ſed poſtea mutaſse, idque monere ait Gothof. ſed decebat, nimium, cum Coraſ. in omnium paſſim ſit manibus propria non aliena fide hæc proponere. Et ille ſcil. in extremo *ca.* 15. hoc arg probari poſse ſolide putat quod hic proponit Treu. puod permutatio idem ſit quod contractus do vt des. Quæ tamen ratio nodum expedite mihi non videtur, quia adhuc quæritur, quare ille contractus, qui do vt des dicitur, cum permutationis nomine veniat, non ſit contractus nominatus. Ratio Vulteij quam accutam appellat Tr. quod permutatio ſit nomen ex uſu & de facto, non ex jure: neque concludes videtur, q ſatis ſit adeſse nomen, & alia fortiori ratione ad confirmationem ſui indigeret; quoniam cum in toto jure à ICtis hoc nomē uſurpetur quare non ex jure dici poſſit, animadvertere equidem non poſsum; Communis hæc ratio quam ibid. attingit Vult. reddi ſolet, quod nomen hoc ſit omnino generale, & omnibus quatuor articulis, quin & quibuſdam nominatis contractib. conveniens,

quam

Digitized by Google

quam etiam probat *Scip. Gent. lib. 3. d. Iuriſd. cap. 31.* ubi addit quod ead. de cauſa à Dd. injuria vocetur delictum innominatum; quia omnibus delictis interveniat, & ita *poſt gloſſ. Bart. in l. 7. d. act. in princip.* permutatio, inquit, eſt nomen generis ſubalterni, habere autem nomen generis generaliſſimi, aut ſubalterni, non eſt vere habere nomen. Vidi qui hanc rationem afferret, ꝙ permutatio fuerit contractus antiquiſſimus, & ideo innominatus, quod ſi eo tempore fuiſſet aliquis nominatus permutatio vetuſtiſſimus contractus non fuiſſet. Verum nos hic de contractibus nominatis vel innominatis ex jure civili diſputamus, & rationi iſti captatio & cavillatio in verbo, *vetuſtiſſimus* ineſt: quoniam talem contractum appellamus permutationem, quatenus emtioni vel aliis contractibus opponitur, minime autem hoc ſenſu, ut omnem cujuſcunque contractus cum permutatione concurſum, excludemus. Exiſtimo quod permutatio proprie loquendo ſignificet mutuam ipſarum rerum mutationem & tranſlationem, adeoque modum magis acquirendi dominii, quo ſenſu contractus appellari nequit: ſed uſu receptum fuit, ut contractus ille do ut des permutatio etiam diceretur, & hoc per quandam abuſionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus eſt, cum præſertim ex illo contractu do ut des, non viciſſim dandum, ſed tantum ad intereſſe agatur *l. 5. §. 1. d. præſcript. verb.* adeoque cum permutatio in proprio ſignificatu permutatio talis quo ſenſu contractus do ut des ita vocari ſolet, non ſit, ſed illud nomen per abuſionem quandam contractui illi innominato accommodatum ſit, apparet quæſtionis ſupra propoſitæ facilis deciſio, quin imo frivolam iſtam quæſtionem eſſe conſequitur, quod ejuſmodi re quæ revera contractus non eſt, non niſi jejune quæratur, an ſit contractus innominatus.

LIT. B.

Re & conſenſu conſtans.] Ita quidem etiã definit Vulteius, ſed aut ego valde fallor, aut valde inſubtiliter, licet in eandem ſententiam *VVeſemb. in paratil. hic n. ult.* dicat conſenſum hujus contractus eſſe partem: Etenim conſtat in uſu juris eos contractus conſenſu conſtare dici, qui ad ſui perfectionem non niſi conſenſum deſiderant, quæ contractuum diſtinctio paſſim tradita ſervanda eſt, nec ſpecies iſtæ, re & verbis conſtare, inter ſe confundendæ ſunt, cum ipſe ICtus hoc nomine permutationem emptioni opponat, quod hæc conſenſu perficiatur, illa traditione rei initium & eſſentiam ſumat, quod ipſe Tr. proponit *th. praced. lit. D.* & alias pignus mutuum, commodatum, depoſitum eod. mod definienda eſſent.

LIT. C. & D.

Quod lit. C. de diſtinctione permutationis & contractus ut des proponitur, examinabimus ſub *th. 6.* Illud autem in vitio, quod ex differentia definitioni adjecta, qua ſpecies cum ſpecie commutari dicitur, lit. D. infert an ſanctionem Juris Can. qua ſpiritualia cum tẽporalibus, præbenda cum præbendis permutari non poſſe traditũ eſt *cap. 5. 7. & ult. extr. d. rer. permut.* Etenim & præbendarum ſingulæ ſpecies ſunt, & ita ſequeretur, quod in contractum do ut des recte ita deducerentur: quod perſpicue falſum, & dd. text. contrarium eſt, quorum ea ratio, tum quod ſpiritualia à temporalibus toto genere & omnino diverſa ſunt, tum quod omnis iſta permutandi ratio incidit in ſuſpicionem & crimen ſimoniæ, cum præſertim præbendarii non domini & proprietarij ſint ſed nudi fructuarij & hinc *in d. c. 7.* qui præbendam permutavit, tanquam qui rem illicitam fecerit beneficii privatione punitur.

Species cum ſpecie commutatur.] Hoc quoque recte ſe non habet, ſed dicendum eſt, quod ſpecies permutandi cauſa detur, quod alias permutationem contractum non eſſe ſequeretur: equidem ut paulo ante dictum, permutatio mutuam rerum hinc inde dationem deſignare poteſt, ſed hoc modo accepta contractus eſſe non poteſt.

THESIS V.

Quæſtio hac th. propoſita, ubi & res & pecunia intervenit, qualis contractus habendus, ſit, integram theſin non merebatur. In ea autem primas partes voluntati & verbis contrahentiũ tribuendas eſſe ſtatuit Tr. cui non obſtat, quod cũ contractus ſinguli propriam eſſentiam habeant, ea ex partium arbitrio pendere non videatur: quia hoc obtinet, ubi nihil eſt quo voluntas illa partium ſuſtineatur, hic autem de duplici contractu negotium participare ponimus. Quod tamen ego ita limitaverim, niſi res à pretio, vel vice verſa longe ſuperetur: quo caſu ex eo quod prævalet & excedit, contractum potius denominandum eſſe dixerim *ex l. cum te 6. C. de pact. int. empt* ubi cum res alterius rei contemplatione exiguo pretio trãſlata proponatur (quod Germ. dici ſolet etwas zugeben) pro permutatione habendũ ex actione ibi propoſita, videl. conditione, apparet, quod in caſu emtionis locus eſt *l. 14.*

C. d. re-

Digitized by Google

C.d.reſcind.vend. & ita ubi pretium acceſſio rei eſt, permutationẽ, ubi res eſt acceſſio pretii, emptionẽ eſſe ſtatuemus. Quod ſi omnia ſint æqualia, quem tamen caſum eſſe rariorem oportet, alia quæſtio eſt , an permutatio an emtio contracta cenſeri debeat. Et Tr. in priorem partem inclinat cum *Bart. in l. 1 inf D.d.rer.permut.* Ego magis dixerim eſſe habendum emptionem, ex præſumpta voluntate contrahentium, qui cenſentur eligere voluiſſe modum contrahendi frequentiorem perfectiorem , & firmiorem: talis a. eſt emptio: & ſi permutationem dixeris , ſiquidem in terminis conventionis ſubſiſtentem , inutilis & ſine effectu foret, ſed & re tradita pœnitere , rem datam condicere, & tantum ad intereſſe agere liceret : vide de hac quæſtione præter allegat. à Tr. *Pinel. ad rubr. C.d.reſc.vend p.2 c.2.n.1. & ſeq. Conan. lib 7. comment. c.5.n.3.* Cur autem hoc genus contractus apud gentes Septentrionales potius frequentiſſimum eſſe dicat, non ſatis animadverto, neque ille huius rei rationem ullam affert aut probationem Verbi quoque; *baraptum*, quo hunc contractum appellari ait, apud autores citatos mentionem fieri nõ video: & eſt alias barateria Italicis Dd. delicti genus, quo ſe iudices obſtringere ſolent. *teſte Clar. § fi.q. 73. in pr.*

THESIS VI.

LIT. A.

Sequuntur, inquit Treutl. reliquorum contractuum innominatorum ſpecies: adeoq; cum his demum ſubiiciat contractum do ut des, & de utraque ſpecie ſeparatim diſſerat, ſequitur quod permutationem & contractum do ut des pro diverſis habeat cõtractib. cum & *th.4. lit.C.* diſtinctionem Dd. non obſcure probet, & *th.7. lit. B*, illos improbet, qui differre eos negant, ex quorũ numero etiam ſunt *Coraſ. 2. miſc. 15. & Vaud. lib. 1. q 25.* Hæc ſane uno loco proponenda erant. Sed paulo latius de differentia horum contractuum, & an iure defendatur videamus. Rationes ſive modos diſtinguendi à variis tres afferri video. Prima eſt quæ Dd. vulgo adſcribitur etiam à Tr. *th. 4.* quod permutatio ſit ubi ſpecies pro ſpecie datur, contractus do ut des, ubi genus pro genere vel genus pro ſpecie datur. Rationem aſſignat *Iaſ. in l.2. de reb.cred.* quod particula, *per* ſignificet perfectam mutationẽ, quæ in ſpeciebus proprie contingat: quod merito improbat *Coraſ. 2. miſcell. 15.* Video autẽ non uno modo hanc differentiam explicari: quod alii eã ita accipiunt, ut in permutationẽ veniant ſpecies duæ eiuſdẽ generis, in cõtractum autem do ut des, etiã diverſorum generũ: ita *Vulteius 1. Iuriſpr. Rom. c.41. n.14. & Vaud. 1.q.25.* Sed *Coraſ. 2. miſc. 15.* in hac diſtinctione genus explicat de re fungibili pondere vel menſura conſtante: quod videtur convenire iis quæ tradit *Iaſ. in d.l.2. de reb. cred. & in § actionum. 28. Inſt. d. action. n.91.* & quod conſtat alias verbum generis à Dd. accipi pro eiuſmodi re in qua mutuum conſiſtit. Sed neq; Iaſ. *dd. loc.* præciſe in hac quæſtione verbum *generis* ita reſtringere videtur, & verior eſt explicatio, quam ſuppeditat *gloſ. in l. 1. inf. C.d.rer permut.* ubi docet permutationẽ eſſe ubi ſpecies certa cum certa ſpecie, id eſt, individuum cum individuo cõmutatur: ſed contractũ do ut des, ubi ſimpliciter ſpecies incerta pro incerta, vel incerta pro certo, vel certa pro incerta datur: quæ etiam videtur ſententia *Bartol. in l. 1. d.rer permut. num.2.* ſicut & eam gloſſ. ſimpliciter refert & ſequitur *Cyn. in l.1. C.d.rer. permut. in f. & Salicet. ibi in f.* eam gloſſ. ab omnibus teneri ait. Verum hic primo occurrit, quod cum cõtractus do ut des & cõſtituatur & perficiatur rei traditione, pactum autem de dando hic inutile & ad actionem producendam inefficax ſit *l. 3. C. d. rer. permut.* conſequitur ſpeciem incertam revera & proprie loquendo in hunc cõtractum venire nõ poſſe, atque adeo tantum in tertio membro, ubi ſpecies certa pro incerta datur ſententiæ Dd. eſſe locum: licet etiam vix quiſquam ſpeciem certã, pro incerta ſit traditurus. Sed & abſque hoc diſtinctionis iſtius quomodocunq; explicatæ ratio, plane arbitraria eſt, quæ nec colore ullo defendi poſſit, & refutatur *ex l.1. d. contrahend. empt. iuncta l.5. § primo. d. præſcript. verb. & §. 2. Inſtitut. d. empt.* quibus locis & aliis ſimpliciter emtio opponitur permutationi & ſola hæc diſtinctio traditur, quod in illa pecunia numerata intervenit: neque minus commentitium eſt, quod alii permutationem modo in genere modo in ſpecie accipi reſpondet: facit quod *in d.l.5 §.1.* contractus do ut des dicitur, ubi Scyphi, & hi utique certi, dantur pro Sticho in individuo, ſicut & *in d.l.1. d. contrahend. emp.* in permutatione vinum intervenit: ut proinde recte animadvertit *Cyn. in d.l.1. in f. Cod d. rer. permutat.* diſtinctionem à gloſſ. traditam textibus iuris non probari. Secunda differentia traditur à quibuſdam, ſi præcedat cõventio de dando, eſſe permutationem, ſi recta à traditione incipiatur, eſſe cõtractum do ut des. Sed vel ex hoc refutatur, quod & permutationi non minus proprium eſt re contrahi *l. prima. §. primo*

d. rer.

Digitized by Google

d rer permutat. eoque conventio præcedens, quæ nulla neceſſitate adſtringit partes ad eorū eſſentiam variandam extra quam plane conſtituta eſt, nihil operari poteſt: & textibus paulo ante citat; hæc quoque ſententia refutatur & amplius hoc argumento. Si in hoc eſſentialis horum contractuum differentia conſiſtit, ſequitur contractum do ut des conventionē de damno præcedere non poſſe: ſed conſequens eſt falſum, quia reliquos articulos conventio præcedere poteſt, ergo & contractum do ut des: quoniam inter hos, hac in re nulla differentiæ ratio dari aut cogitari poteſt. Antecedens probatur, quod cum in reliquis articulis nullus alius ſit cōtractus, in quam præcedente conventione negotium tranſeat, neceſſario efficitur, negotium iſtud in nomine & terminis contractus do ut facias, &c. ſubſiſtere: quinimo in cōtractu facio ut des & facio ut facias apparet omnino prius de faciendo agi oportere, quod alias ex facto alterius alter obligari non poſſet. Tertiam denique differentiam affert *Anton. Fab. 6. conject. c. 9.* quod contractus do ut des ſit permutationis principium neq; ullam eſſe aut intelligi permutationem, niſi ubi utrinque res data eſt, & ita permutationē eſſe contractum do quia dediſti. Verum iſta quam Anton. Fab. ſubtilem eſſe putat, cæteris craſſior & inſulſior eſt differentia, qua admiſſa permutationem contractū non eſſe neceſſario efficitur: quod ubi utrinque res data eſt utpote contractu ita & perfecto & impleto nulla amplius actioni ad id de quo convenit præſtandum, quod de eſſentia omnis contractus eſt, locus eſſe poteſt. Sæpe quidē evenit, ut partibus ultro conventioni ſatisfacientibus actio neceſſaria non ſit: verum omnem conventionem & contractum eius naturæ eſſe oportet, ut pars ſatisfacere conventis nolens, judicio inſtituto conveniri, vel ad ipſum quod in contractum deductum eſt, vel aliud in ejus locum ſuccedens, poſſit: quod in permutatione Fabrili locum invenire nequit: ſed & in terminis rei utrinque datæ, pœnitentiæ, quam omnes contractus innominati admittunt, locus eſſe nequear. Et fruſtra affertur, quandoque etiam hic dari actionem, ſi res ab altera parte data evicta ſit: Etenim 1. hoc idem obtinet in contractu do ut des, ſi ab altera parte re data fuerit impletus, quo facto ſequetur contractum hunc do ut des in permutationem commutari, quod plane abſurdum eſt. 2. jam ante dictum eſt, ut contractus eſſe & dici poſſit, oportere actionem dari ad id de quo convenit quod actione de evictione minime continetur. 3. hoc fit ex accidenti & non niſi ubi res aliena ab altera parte intervenit: adeoque ridiculum hoc eveniet, ut dum demum permutatio ſit contractus, ubi res aliena data fuit: quo caſu non recte contrahi permutationem ſupra oſtenſum eſt. His ergo differentiis exploſis, vera hæc probatur ſententia, quod aut permutatio ſumitur pro mutua dominii tranſlatione, aut pro modo acquirendæ obligationis: illa acceptione nullo modo contractus, hac nihil aliquid eſt quam contractus do ut des: quod etiam textus ante citati probant *ex l. 1. de contrah. emtion. leg. 5. §. 1. hoc tit §. 2. Inſtitut. d. contrah. emtion.* quibus & aliis locis permutatio tantum emtioni opponitur, & non niſi de horum contractuum differentia diſceptatur, neque à ſupina incuria excuſari poſſint ICti, ſi differentiam, ſi quam ſubeſſe putabant, inter permutationem & contractum do ut des in diſputatione iſta diſſimulaſſent. Sed duo obiiciuntur. 1. quod permutationi ſpecialis attributus ſit titulus. 2. quia actio ex permutatione competens ſit bonæ fidei, §. actionum I. d. action & receptum eſt, actiones ex quatuor illis articulis deſcendentes ſtricti iuris eſſe. Sed reſponſio facilis eſt: & ad primum, nihil abſurdi eſſe, ſi de ſpecie aliqua nobiliori ſeparatim tractetur, & cum generalis titulus ſubiiceretur neceſſario in eo de hac quoque ſpecie agendum fuit. Quod ad alterum attinet, iam ad theſ. 2. Lit A. in dubium vocavimus communem Dd. ſententiam: qua ex quatuor articulis actionem ſtricti iuris naſci affirmant. Sed & ut in reliquis hoc admittam, attamen exceptum dicam articulum do ut des, propter affinitatem quam habet cum actione *argument. l. 5. §. 1 de praſcript. verb. & l. fin. d. condict. cauſ dat. & l. 1. d. contrah. emt.* ubi docet ICtus quod à permutatione initium emptio ceperit ſicut & *Iaſ. ad tit. d aſtimat. action.* eam actionem propter affinitatem quam cum aliis bonæ fidei actionibus habet, ipſam bonæ fidei eſſe docet: & eſt ille articulus do ut des, antiquiſſimus, ſimpliciſſimus & frequentiſſimus, non item reliqui, quod præſertim facta ut perſonalia ſtrictæ interpretationis eſſe videatur.

LIT. D. & E.

Proponit lit. D. actionem ex iſtis contractib⁹ videlicet præſcriptis verbis, quā eandem appellat incertā actionē, incerti condictionem, ex incerto

Digitized by Google

contractu deſcendentem. Quo poſteriori ſatis oſtendit ſe contractus innominatos ita pro incertis habere, ut condictionem certi ex iis dare poſſe neget: de quo, & quiſquã dicatur contractus incertus, ad explicationem *l. 9. d reb. cred.* dictũ eſt ſupra *diſput. 20. th. 11. lit. B.* Quidquid autem eius ſit, illud quoq; probandum nõ eſt, quod ſimpliciter præſcriptis verbis actionem incerti condictionem appellat: quoniam cum ex notiſſimo uſu iuris condictio ſignificet rei alicuius repetitionem, actio utiq; præſcriptis verbis ad intereſſe datur *l. 5. §. 1. h. tit.* & ſpeciale eſt in caſu præcalii, cui æquitatis intuitu actio præſcriptis verbis accommodata eſt, cum qualitate ſpeciali, quod competat ad repetendã rem precario datam, idq; ipſum naturæ condictionis convenit: eoq; pertinet citata hic *l. 19. §. fin d. precar.* ad cuius rei explicationem pertinẽt tradita ſupra *diſp. 24. th. 5. li. I.* Quod ad rationem appellationis attinet & quare hæc actio præſcriptis verbis dicatur, *Alciat. 4. diſpunct. c. ult.* ait quod in cæteris actionum formalis quædã ſæpe à prætore mutari & variari ſolita, in hac autẽ actione ſemper certa verba fuerint obſervata. Sed videtur potius diverſo modo ſe res habere, quod ex cæteris actionũ cauſis non neceſſũ erat formulas utpote alias notas præſcribere: ex quo firmatur coniectura Hott. improbata à Tr. qui Dd. ſententiam obſcure ſatis proponere videtur, quam ita explicat Iaſ. cit. loc. quod in aliis actionibus medium concludendi ſumatur à nomine cõtractus, quod cum hic deſit, ab ipſa qualitate negotii geſti ſit petendum. Quæſtionem lit. E. cum ipſo Treutler. remittimus ad theſ. 10.

THESIS VII.

LIT. A.

Proponit in th. ſi pecunia detur ut res accipiatur, emtionem eſſe & venditionem: quod tamen ex notatis in exegeſi limitari ab ipſo apparet, ſi modo ea quoque mens ſit & voluntas contrahentium. Ego vero ubicunque agitur de transferenda re pro pecunia numerata emtionem eſſe affirmabo, non obſtante *l. ult. de condict. cauſ. dat.* de cuius conciliatione *cum l. 5. §. 1. d. præſc. verb.* actum eſt ſupra *diſp. 22. th. 2. lit. D.* ubi etiam actũ de conciliatione Dd. per diſtinctionem inter *dare & tradere*: (quomodo apud Treut. pro *accipere* legendum eſt) quam etiam probat ſed male, citatus Iaſon. quoniã ex cauſa quoque venditionis dominium transferendum, utique hoc agitur, licet, quamdiu rem tenere poteſt emtor, de evictione agere non poſſit.

LIT B.

Sunt tamen qui putant.] Hoc cum eo quod in th. traditur, non ſatis coheret, imo quod in th. proponit ſententiam hanc quod permutatio à contractu do ut des non differat, de quo th. præced. confirmat.

Sed hic pulchrum.] De hoc quoque actum eſt *dict. diſp. 22. th. 2. l. D.* quoniam dupliciter pugnãt inter ſe *l. ult. de condict. cauſ. dat. & l. 5. §. 1. h. tit.* circa nomen negotii geſti, & periculum dantis ſive accipientis.

THESIS VIII.

LIT A.

Quæ in re fungibili.] Otioſe repetit quæſtionẽ, de mercede locationis, an in pecunia numerata tantum, an in quavis re fungibili conſiſtat, de qua *diſp. præced. theſ. 3. lit. G.* Illud perſpicuum eſt quod traditur lit. B. contractum do ut facias locationi quidem affinem eſſe, ſed tamen in multis ab ea differre.

LIT. C.

Ex notatis in pr. hac lit. duplex differentia colligitur, cũ ratione rei quæ datur, tum ratione facti cuius cauſa datur tertia cum reliquis articulis communis eſt, quod recontrahitur. Quæ autem facta locari poſſint, quod itidem otioſe hic repetis dictũ eſt *diſp. præced. th. 2 inſ.* Scrupulum autẽ hic movet *l. 4. d. dol.* quæ ex hoc contractu do ut facias actionẽ doli concedere videtur Sed dicendum eſt, vel quod etiam in cæteris articulis ubi dolus intervenit, actio de dolo locũ habet, ſecũdum ea quæ mox dicentur ad th. 10. vel potius quod ibi magis ſit facio ut des, quoniam ut *Iaſ. notat ad l. 5. § quod ſi faciam h. t.* datio quæ ordinatur ad factum, facti iure cenſetur & contractus magis æſtimandus videtur ex implimẽto, de quo diſputat *Saliset in l. 5. h. t.* & ex perſona agere volentis an contractus ſit facio ut des nec ne ſtatuendum eſt, vel ut in ſpecie *d. l. 4.* ille agere vult qui ancillam manumiſit.

THESIS IX.

LIT. A.

Proponitur hac th. ſecunda pars *l. 5. §. 2. h. t.* ubi hoc difficile eſt quod cum videatur proponi articulus facio ut des, tamẽ actio de dolo conſequitur, quæ *in §. ſeq. ad art.* facio ut des reſtringitur. Explicatio gloſſ. perſpicue vitioſa recte reiicitur à Treutler. Bartholi ſententia convenit cũ iis quæ dicta ſunt ad ſit: h. præc. & probatur Donell. hic cap.

Digitized by Google

cap.19.ſiquidẽ de actione illi danda quæritur qui fecit, & cũ Stichus evictus ſit, perinde eſſe videtur, ac ſi nihil datum eſſet. Paul. de Caſtro diſtinguit, (quæ diſtinctio, vt Treutler. male putat, nõ eſt diuerſa ab opinione Barthol. ſed huic addẽda eſt) an nihil plane unquã datũ fuerit, an aliquid datum fuerit, quod licet evictum ſit, tamen propter ignorantiam, & quod alter putans rem ſuã eſſe dederit, non poſſe ei imputari dolũ, adeoque præſcriptis verbis actionẽ competere: quam diſtinctionem licet improbet *Iaſo in l.* 1. §. 2. eandẽ tamen diſerte proponit & probat *in §.3. colum. penul.* ubi rationẽ eius diſtinctionis addit, eamque Paul. de Caſtro tribuit, neque alia ratione dictũ §.2. *inf. cum* §.3. conciliare poſſe ait. Eoq. modo poteſt defendi quod h. th. ex Iuliano proponitur de actione in factum ciuili contra ignorantem danda, iunctis iis quæ dicemus ad th. ſeq. Sed cõciliandi eius nullam video rationem, quod Paulus in illa ſpecie Iulianum actionem in factũ ciuilem ſed Vlpian. *in l.*7. §.2. *d. pact.* actionẽ in factum prætoriam dediſſe affirmant, quas quidem actiones plane diverſas eſſe neque concurrere poſſe conſtat: ideoque in medio relinquo, an Iulianus ſententiam mutaſſe, an Tribonianus per imperitiam verbum, civilẽ, ad *d* §.2. adjeciſſe dicendus ſit.

THESIS X.

Tractatur hic difficilis quæſtio de articulo facio vt des, an ex hujus cauſa etiam actioni præſcript. verb. an tantum actioni doli locus ſit, ubi initio illud frivolũ videtur, quod in th. Tr. à ſententia communi Dd. in judicando non eſſe recedendum, ait; vel quod in effectu nihil intereſſe videtur quæ actio moveatur: vel potius (intereſt enim utique rei non conveniri actione famoſa.) quod hæc quæſtio ventilatur in ſcholis, non in foro neque tribunalibus, neque videtur hæc quæſtio in judiciũ deduci, ut ſuper ea judex pronuntiare neceſſe habeat, maxime cũ hodie ſublatis actionum formulis nec actionis nomen exprimere ſit neceſſe, ſed ſimplex narratio facti ſufficiat. Sed quod ad ipſam rem attinet, Cujac. hãc rationem reddit ad *d* §.3. quod articulus ille cum aliquo contractuum nominatorum non habeat affinitatem. Verum ICtus & *in l.* 5. *h. t.* & præcipue Vlpian. *in d. l.*7 *d. pact.* cauſam actionis hujus nõ in affinitate cum contractibus nominatis, ſed in ſynalagmate & negotio civili conſtituunt. Duareni poſt Fulgoſ. opinio, quod *Paul. in h.* 5. §.3. *b. tit.* non actionem innominatam, ſed eam quæ certum nomen habeat, excluſam voluerit, perſpicue vitioſa eſt, tum quod verius ſit nec actionem præſcriptis verbis cum actione doli cõcurrere, licet eum concurſum admittit *Iaſon in d. l.* 5. §.3. *in f.* tum maxime quod *ex* §.1. *&* 2. *d. l.* 5. plus quam manifeſtum eſt, ſub actione civili præſcriptis quoque verbis actionem comprehendi & intelligi. Donellus quem Treutl. lit. C. probat, Pauli reſponſum de eo caſu accipit, quo qui fecit à cõtractu recedere cupit, adeoque cum facta in facta fieri nequeant, neque ita condictioni locus eſſe poſſit, in eius locum actionẽ doli ſuccedere: quod jam olim videtur placuiſſe *Salicet. in l.* 5. §. *explicitus h. tit in f.* aut, inquit, non curat impleri cõventa ſed vellet repetere, & illud eſt tale quod reperi non poteſt & datur ſolum de dolo. Sed iſta ſententia ex omnibus minime videtur probabilis 1. quia in tota illa lege nõ de condictione, ſed de actione præſcr. verb. tractatur, quæ ad intereſſe & ita quodam modo ad implendum contractum datur, quam cum in præcedentibus articulis Paulus concedat, conſequenter, dum *in* §. 3. actionem ciuilem negat, & hac in te articulum illum prioribus opponit, de ead qnoque actionis ſpecie explicandus omnino eſt. 2. quia ut ſupra probatum *diſput.*22. *th.* 2. condictio cauſa data non naſcitur ex innominato contractu vero & expreſſo, ſed ex quaſi cõtractu *arg. l.*5 §.1. *h. t.* ubi obiter tantumſit mẽtio condictionis cæteroquin toto illo loco ICtus actione ex ipſis veris cõtractibus deſcendente tractat. 3. quia condictio datur ex capite pœnitentiæ, cui ubi jam factũ eſt locus eſſe nequit, & omninò nõ niſi ineptè proponitur caſus de eo qui vult recedere à contractu, vbi nullo modo recedi poteſt, ita vt non niſi de actione quæ ad intereſſe detur quæri & diſputari poſſit 4 quia nec actione doli cõtractus diſſolvi poteſt, adeoque ſiquidem ille qui fecit non niſi quod ſua intereſt conſequi poſſit, potius actio præſcr. verb. proponenda & concedenda fuiſſet. 5. quod alias etiam ex artic. facio vt facias danda eſſet actio doli. Denique quod omnis condictio eſt ad dandum vel faciendũ, vt fruſtra hic de cõdictione quadã facti proprii diſputetur. Priſcus interpres Azo, cujus opinionem ab omnib. receptam eſſe teſtatur *Iaſ. in* §. 3. *l.* 5. *h. t.* diſtinxit inter facta ex quibus utilitas aliqua ad alterum qui dare debet peruenit: aut non pervenit ad quæ reſtrinxit reſponſum Paul. *in d.* § 3. quod illo caſu in ſit Synallagma non autem

hoc: nam vt ait Faius in ſupplemento *ad Conan. libr. 7. comment. c. ult. n.* 8. nunquam jure civili alicui actio datur eius rei nomine quæ ipſi abeſt contra eum cui plane nihil ex eo adeſt. Adeoque non putat excludi à Paul. actionem præſcr. verb. ſi alteri aliquid adſit, ſicut ex eo quod dicitur *in l. 7. § 2. d. pa7.* ſufficere actionem civilem, non excludatur actio doli, ubi quis ſciens rem alienam dedit *arg. l. 5. §. 2. inf. h. t.* aliam enim eſſe rationem contractuum nominatorum & innominatorum; illorum certam & definitam eſſentiam, vt ſive à ſciente ſive ignorante res aliena in contractum deducta ſit, locus ſit actioni ex contractu. horum eſſe naturam confuſam & indeterminatam, eoque tum demum recte iniri, ubi res propria vel bona fide poſſeſſa datur, cæteroquin ſi à ſciente detur, cum præſertim ex pœnitentia condici poſſit nullum negotium contractum, & dantem ludendi aut fallendi animo dediſſe videri, adeoque ſi res condici nequeat, neceſſario ad actionem doli ſit recurrendum. Quibus admiſſis evertitur duplex cōſequentia *Cujac. in l. 7. d pact.* 1. ſi dolo abſente locus eſt actioni præſcriptis verbis fore etiam ei locum dolo præſente: quæ refutatur inde quod illo caſu adeſt ſynalagma, non etiam hoc 2. ſi dolo præſente locus eſt actioni de dolo, ergo eo abſente locus erit actioni in factum ſubſidiariæ: quæ eod. modo refutatur, quod hoc caſu ſynalagma naſci facit actionem præſcript. verb. ſed & actio ſubſidiaria etiam dolo præſente datur ubi vel perſonæ parcendum eſt vel actor ultro parcere vult. Ex quibus reſponderi poteſt *ad l. 15. h. t.* ubi ex articulo facio ut des tum demum actio de dolo datur ubi dolus aliquis arguitur: *licet Iaſon. in* §. 3. concurrere putet actionem præſcriptis verbis & actionem doli quod poſtea Duarenus ſequutus eſt; & ſane in negotiis iſtis quaſi extra ordinarijs facilius actio doli concedi poſſe videtur, quod actio præſcriptis verbis æquitatis cujuſdam intuitu cōcedi videtur, quę ratio ceſſat dolo interveniente. Et his conſequens videtur, etiam ex cauſa contractuum do ut des, vel do ut facias locum eſſe poſſe actioni doli & fortaſſis Paul. circa articulum facio ut des in ſpecie actionis doli mentionem fecit, quod qui facto ſequuto contra conventionem rem non præſtat, ſemper in dolo eſſe intelligitur, cum factum condici non poſſit: vt adeo ex cauſa contractuum do vt des vel do vt facias non facile ſit admittenda actio doli, cum ſatis eſſe debeat, rem condici poſſe. Cæterum diſputatio illa Faii quod indiſtincte in contractu etiam do vt des vel do vt facias propter dolum nullum videatur ſynalagma vel negotium, mihi non ſatis probatur: quia ſi primus rem propriam dedit vel bona fide poſſeſſam, vtcunque alter ſciens det alienam, cum perinde ea evicta ſit, ac ſi nihil dediſſet, negotium utique recte contractum eſt, & primo condictio vel præſcriptis verbis actio dabitur. Sed & ſi alter rem propriam dederit re quam primus dedit evicta, perinde videatur ac ſi alter initium contractui & prior dediſſet atque ita negotium erit: quod & ad Articulum do vt facias recte accommodatur. Tutius ergo actionem de dolo adhibita diſtinctione Azonis ad artic. facio vt des reſtringemus, vel forte ex identitate rationis etiam ad articulum facio vt facias porrigemus, quod & ex ſententia *Bartoli, Iaſ. in d. l. 5* §. 3. proponit: niſi forte hæc differentiæ ratio eſt, quod cum utrimque de faciendo actum ſit, utriuſque par ratio eſſe intelligatur, cum alias etiam loco facti ſuccedat obligatio ad intereſſe, ad confirmandam autem ſententiam & diſtinctionem Azonis hoc addi & ea ita explicari poteſt, quod cum duplex præcipue cauſa ſit propter quā civilis actio detur, tum quod præſtiti illud ad quod præſtandum via actionis cogi poteram, tum quod à me ad alium ali ꝙ pervenit, in quo præcipue ſynallagma & quaſi fundamentum cōtractuum innominatorum conſiſtit, eo caſu, quo quis aliquid fecit ex quo ad eum qui dare debet nulla utilitas pervenit, utraque ratio ceſſat, & habet ille non nihil quod ſibi imputet, qui facere præoccupavit, quod vt faceret non poterat cogi. Neque in eleganter differentiæ rationem aſſignat *Iaſ. in l. 5. §. 3. h. t.* quod contractus innominati veſtiuntur ex negotio & aliquo implemento, & quando ergo quis facit ex quo alteri nihil quæritur, perinde eſt ac ſi nihil impleret ex quo per implementum iſtud alteri nihil acquiritur. Et paulo poſt, actio præſcript. verb. nō competit niſi vbi ſubeſt æquitas, vbi autem factum meum, non correſpondet dationi tuæ, quod ex illo facto nihil tibi quæritur, ceſſat æquitas rei, & fit inde vt propter tale factum quod tibi nullo cedit vſui, non detur actio præſcript. verb. attamen quod faciens reperitur deceptus, dum alter non ſervat conventa, datur ipſi actio de dolo: neque alia ratione hæc res expediri poſſe videtur.

THE-

Digitized by Google

THESIS XI.

Nihil hac th. notandnm, quam levis incutia lit. B quod cum in th. propoſuiſſet ex hoc articulo actionem præſcriptis verb. in allegatis pro diſs. allegat Hottom. qui ex quatuor illis articulis actionem bonæ fidei naſci ſtatuat. Etenim aliud vtique eſt negare ipſam actionem præſcr. verb. quod non facit Hottom. & negare eius qualitatem bonæ fidei vel ſtricti juris, de quo dictum eſt ſupra th. 2. Illud quod ſubiicit de pœnitentia, non neceſſum erat auctoritate Donell. probare quod juris id ſit apertiſſimi, eum qui dedit (nam in factis condictioni locus non eſt.) antequam alter ſatis faciat conventis repetere illud poſſe, quod ſcilicet in mora præſtandi eſſe intelligatur: vt proinde non tam duplex, vt vulgo ſtatuitur, pœnitentia & ceſſatio, condictionis hujus cauſa eſſe videatur quam vna, ceſſatio: quod certum ſit poſtquam ſatisfecit nullam ſupereſſe condictionem: niſi quis hac ratione duplicem faciat, quod conditio, & interpellato debitore & etiam nō interpellato conceditur: quo poſteriori caſu, quamvis & hic ceſſatio ſit, in ſpecie ex capite pœnitentię condictionem cauſa data inſtitutam videri, non improbabiliter dici poſſit.

THESIS XII.

De diſtinctione actionum in factum ſupra *th.* 1. tractatum eſt, ex quibus efficitur definitionem actionis prætoriæ in factū hic propoſitam, quod ea ſit, quam verbis & mente legis ceſſante prætor vel adiuvandi vel etiam ſupplendi juris civilis gratia comparaverit, eſſe auguſtiorem definito: quoniam actiones etiam quædam prætoriæ in factum ſunt, quæ non juri civili, ſed ipſi etiam edicto prætoris ſunt ſubſidiariæ: cujuſmodi eſt actio quæ dicitur ſubſidiaria in factum actioni doli, non comparata ſupplendi aut emendandi juris civilis gratia, ſed quod propter conditionē perſonarum contra quas agendum eſt, verba in ipſum factum omiſſa mentione doli diriguntur. Et de illo quoque dubito quod ita actionem in factum prætoriam opponit civili, vt illa ſit, quæ deficientibus verbis & mente legis datur, hæc quę ex mente legis; neque video quominus etiam aliquando à prætore ex mente legis actio concedi, & viciſſim per interpretationem, etiam deficiente mente legis, citra auxilium prætoris actio induci poſſit. Plane in toto jure frequentiſſime actio quę ex mente legis eſt, utilis vocatur, quæ licet generali appellatione actionis in factum contineri poſſit, eam tamen aliquando etiam actioni civili opponi non dubitauerim. Neque etiam ſatis recte eundem effectum interpretationi & menti legis tribuendum exiſtimem: quod licet ad eliciendam mentem L. interpretatione aliqua opus ſit, attamen hæc latius etiā & p conſequentias remotiores effectū legis extendere poſſit: & id ex mente legis eſſe dicitur, principaliter & proprie, quod ex ipſa ratione & hujus identitate inducitur, parum differens ab eo, quod ipſis verbis legis cautum eſt: quod confirmatur exemplo curæ prodigorum, quæ legitima dicitur, cum L. XII, tabb. tantum de furioſis eſſet loquuta, vt ipſe Tr. tradit infra *g.* 2. *diſp.* 8. *th.* 8, itemque exemplo tutelæ legitimæ patronorum, de quo *inſt. d. legit patr. tutel.* ſcribit quod ex identitate rationis perinde accepta ſit ac ſi verbis legis introducta eſſet, quod porro etiam ad tutelam parentum traductum ibid. oſtendit *Iuſtin. tit. ſequen.*

F I N I S.

Digitized by Google

INDEX

RERUM ET QVÆSTIONVM MAXIME NOTABILIVM, IDEMQVE BREVIS, QVOD TREVTLERIANVS ETIAM AD HOC OPVS INDICIS VICVM

præſtare poteſt, Prior numerus diſputationem, poſterior theſin denotat.

A.

ACiones ex quo iure. 1. 4. D.
Actus definitio. 17 4. C.
Adcreſcendi ius an in emptorem hærediatis. 28. 12. A.
Adoptatus à nobili an ſit nobilis. 2. 10. A. & *an in familia patris extranei.* ibid.
Adrogatio impuberis. 2. 9. E. *huius quarta.* ibid.
Æquitas. 1. 2. B. *Scripta ibid. & an præferend. arigiori* ibid.
Æquum bonum. 1. 2. B. & 14. A
Ætatis. probatio. 11. 8 F.
Illu vionget iuris dictionem. 3. 2. E.
Arbiter an mulctare poſſit. 12. 5. B & *cognoſcere de cauſa reſtitutionis.* 11. 1. C. *eius ſententia effectus* 12. 5. B.
Arbitraria actio de eo quod certo loco an ſit noua 23. 2. B. *an inducatur adiectione temporis* 23. 6. B
Arbitirariæ actiones. 11. 5. B. & *an iis ſententia* 11. 5. C.
Arbitratores. 12. 4. F.
Arbitrii iniqui correctio. 29 3. E.
Arredatio an contractus 28. 8. B.

B.

Bannitus an agat. 9. 2. C.
Bonæ fidei actiones. 20. 1. E. & *an omnes in* §. 28. *Inſtit. d. action.* 19. 2. C.

C

Calumniæ actio an pura pœnalis 10. 7. C.
Caſtri ceceſſione quid veniat. 3. 6. F.
Cauſa quid 20 1. C. *Impoſſibilis.* 22. 1. E.
Chirographi redditi effectus. 6. 3. B.
Citatio ad totam cauſam 4. 8. B. *per edictum.* 4. C. *in notoriis* 4. 8. A. *an fiat die feſto* 4. 4. C. *an requirat expreſſionem cauſæ.* 4. 9. A.
Citandus an præſens. 4. 6. A. *an magiſtratus.* 4. 6. B. *an pupillus.* 4. 7. B.
Citatus ad unam cauſam. 4 9. A.
Citationis effectus. 4. 3. D. *in perpetuanda iuris dictione* 4. 9. A.
Citatio an neceſſaria ad audiendam ſententiam. 4. 6. A. & 12. 15. C.
Citatio iudicis pedanei, 4. 1. F.
Ciuitas quomodo contrahat. 20. 5. F.
Condicillaris clauſula effectus. 13. 10. G.
Cognitioni ineſt ius pronuntianti 3 2. A.
Cognitor quis. 9. 1. C.
Colonia perpetua ius. 29. 4. C.
Commiſſorum pactum in venditionibus. 28. 9. C.
Communio nulla perpetua. 19. 9. A.
Cummuni dividundo actionis duratio. ibid
Compenſatio an delictorum. 25. 9. A. B. C. *quomodo fiat ipſo iure* 25. 7. C. & 10. E. *generis cum genere.* 25. 8. D. *an obiiciatur ceſſionarior.* 25. D. & *an à procuratore in rem ſuam.* 25. 10. A.
Concurſus actionum. 12. 1 C. B. *iudicij criminalis & civilis.* 12. 13. A. *petitori & poſſeſſori.* 12. 13. B.
Condictio cauſa data unde. 22. 1. F. & *an ob caſum fortuitum.* 22. 2. A.

Con-

Digitized by Google

Condictio furtiva unde & an in hæredes. 22.12.
Condictio generalis 20. 10. *A. ex promutuo.* 22. 1.B.
Condictio indebiti. 22.4.B. *& an eam ceſſare faciat obligatio ad antidora.* 22.6.D.
Conductus ſalvi effectus. 5.6.D.
Confeſſus quo effectu & de confeſſis actio. 4.1.B.
Conſenſus an ſit tacentis. 6.1.B.
Conſtitutiones. 1.6.C.
Conſuetudinis requiſita 1.9.E.& E *an tollat legem* 1. 9. B. *& quomodo probetur.* 1. 9. H. *eius cauſa efficiens.* 1.9.D.
Conſuetudo Polonica. 1.9.B.
Conſuetudo peccandi. ibid.
Conſtitutum cur pariat actionem, 23.7.G.
Contractus quid, 6.1.D. *incertus,* 20.10.D.
Contumacia pœna ex l. vn. ſi quis ius dicenti, &c. 49. D.

D.

Damni appellatio. 18.1.B.
Defenſio. 14.C.& 18.7.B.
Delegatus quis, 32.B. *poſſit ſubdelegare, qua & quomodo ibid. an dare iudicem,* 32. C. *an exequi ſententiam.* ibid.
Depoſitum an rei immobilis, 26.4 D. *an tantum deponentis gratia,* 26.3.C. *an ex conſenſu tacito.* 26. 5. A. *an retineatur propter impenſas.* 26.5. B. *an inſtrumentum eius habeat paratam executionem,* 26.7.D.
Depoſiti priuilegia. 26.7 B.
Depoſitum irregulare. 26.B.
Deportatio an tollat libertatem. 3.5. E. *an eam poſſit irrogare præſes,* 36.C.
Deportatus contrahit. 27.2.A
Dicis gratia. 24.1.G.
Dilationes an poſſit contrahere iudex, 5.10.D.
Dilationes vtique communes, ibid.
Diuiſio quomodo facienda, 19.9.C.
Doctores Bullati, 17
Doli actio an arbitraria, 11. 6. C. *eius cum actione famoſa concurſus,* 11. 6. 1. *& an litis conteſtatione perpetuetur.* 11.7.F.
Dolus an faciat contractus nullus, 28.2.F.
Domicilium. 3.8.C.& D.
Dominium vtile, 15.1.G.
Dominium ex nullo contractu transfertur, 28. 1. F.
Dotalis rei dominus monitus, 15. 2.B.
Dotis pactum an legitimum. 6.2.in.F.

E.

Ebrioſitas omnium populorum, 6.1.A.
Ebrij mitius puniendi. ibid.
Emancipatio an hodie capitis minutio, 11.16.C.
Emphyteuſis iuris gent. 1.4.D.& 29.9.B.& *an re* B.& *an requirit ſcripturam,* 29.9 D. *an penſio remittatur & quare.* 29.7.F. *eius naturalia ibid. an ſit in prædiis vrbanis.* 29.9.E. *an conſtituatur tacite,* 29.10.B. *an poſſit prælegari vni ex filijs ibi. eius perpetuitas,* 29.9.K.
Emphyteuſis Eccleſiaſtica. 29.9.K.
Emphyteuſis quo tempore præſcribitur. 29.11.B.
Emphyteuſis præſumatur an cenſus, 29.9.F.
Emtio an contineat omnem alienationem. 28. 1. B. *pretium eius certum,* 28.6.6. D. *periculum emtoris* 28.8. *dicitur valere variismodis,* 28.7. E. *an ab ea datis arris diſcedere liceat.* 28.8.B.
Emtio magiſtratus. 28.3 A.
Exceptio non numeratæ pecuniæ, 20.2.C.
Executor qua actione teneatur, 10.2.C.
Exheredatio ſine cauſa an faciat teſtamentum nullum, 1.1.F. *eius cauſa iuſta,* 13.8.C.
Exheredatus an faciat partem incomputanda legitima, 13.15. A.
Expenſa an adiudicentur in criminalibus, 12.16. B. *& quid ſi non petita,* 12.17. A.

F.

Faciendi præciſa obligatio an inducatur iuramento. 23.10. B.
Facta locari ſolita, 29.2.G.
In Factum actio, 30.1. B.& 36.12.
Feudum an vſus fructus, 16.3.F.& *quid ſi filiofam. datur,* 16.2 B.& *ante locari poſſit,* 29.2 F. *& an exhereditario feudo debeatur legitima filiabus,* 13.11.D.
Feria cuius obſeruanda, 5. 9. F. *an omnibus proſint,* 5.9.D. *earum renuntiatio,* 5.9.F.
Fideicommiſſum qui liberi deficere faciunt, 2. 10.E.
Fideiuſſor an in cauſa criminali, 5.6. E *eius obligatio an augeatur.* 23 5. D.
Fides an ſeruanda hæreticis hoſtibus latronibus, 6, 7. A.
Fortuiti caſus an comprehendant inſolita, 29.6. A.
Fori ſortiendi modi. 3.8.C.& D
Forum in criminalibus, 3. 9. F. *in rei vindicatione.* 3.8.G.
Fructus an diuiduus, 16. 3. K.
Fru-

Digitized by Google

Fructuum civilium & naturalium differentia in caſu mortu fructuarii, 16.8 D.
Fructus extantes, 15.11.D. *infructibus jus bonæ fidei poſſeſſoris,* 15.11.E. *& quid ſi ſupervenerit mala fides,* 15.12.D.

G.

Gellius non Agellius, 5.9.A.
Genus quid ſignificet apud Dd. 25.8.C. & 30.6.A.

H.

Heredi uni an recte paciſcamur, 6.6.E.
Hereditas an dividua, 14.1.C. *cujus perſonam repreſentet,* ibid.
Hereditatis petitio an mixta, 14.2.E. *an bonæ fidei,* 14.4.E. *contra quem detur,* 14.16.B. & C.
Hereditatis petitio fideicommiſſaria, 14.3.C.
Heres contra factum defuncti, 14.13.D.
Heres inſtitutus in re certa, 14.7.A. *nudo nomine,* 13.12.A.
Homicidium in confinio commiſſum, 19.4.
Hypothecæ pactum, 6.2.A.

I.

Ignorantia an juſta cauſa reſtitutionis, 11.14.A.
Imperator an dominus mundi. 3.7 C.
Imperium merum quid, 3.5.D. *ratio nominis,* 3.3.C. *eius obiectum,* 3.5.B. *an ei inſit cognitio,* 3.3.C. *an mandetur,* 3.6.D. & G. *an competat iure magiſtratus,* 3.6.E. *an privato,* 3.6 C. *an ſit de regalibus,* 3.5.B. *& an ſit penes Rectores,* 3.4.D.
Imperium mixtum quid, 3.3.A. & B & 3.4.C. *à jurisdictione diverſum,* 3.3.B. *& an mandetur,* 3.4.C.
Imperii mixti quæ ſint, 3.4 B. & C.
Impenſæ neceſſariæ an poſſint peti, 14.19.D. *ubi plura de impenſis.*
Incarceratio, 3.4.D.
Incendium, 18.8.B & C.
Indebiti ſpecies, 22.4.A.
Infamia an poſt tempus pœnæ durat, 8.2.E. *an exceſſione bonorum,* 8.8.C. *an eius metus faciat locum reſtitutioni,* 11.4.A. *an aliqua facti,* 8.4.A.
Infamis deprehenſus, 8.5.C.
Inofficioſi querela ex quo iure. 13.1.D. *an concurrat cum petitione hereditatis,* 13.1.E. *an detur fratrum liberis vel uterinis,* 13.4.D. *an in ea locus edicto ſucceſſorio,* 13.5.D. *an contra teſtamenta liberorum,* 13.3.A.
Iudex an ipſe magiſtratus, 12.3.D. *an cacus,* 12.7.C. *an imperitus iuris aut minor,* 12.7.D. & E.
Iudex quis in cauſa ſtatus, 12.7.F.
Iudex recuſatus, 12.8. *an ordinarius,* 12.11.H.
Iudicem dare an jurisdictionis, 3.4.A.
Iudices ſorte ducti, 4.1.C.
Iudicis iuramentum, 5.6.A.
Iudicandum ſecundum acta, 12.14.E.
Iudicii diſtinctio, 12.1 D. *concurſus,* 12.13.A.
Iuramenti definitio, 21.1.A. *diſtinctio,* 21.3 B. *vis & poteſtas,* 21.2.A & 22.2.B. *in firmandis actibus inutilibus,* 6.7.D. & 21.2.B. *qualem producat actionem,* 21.8.D.
Iuramentum purgationis, 21.5.B.
Iuramentum in litem, 21.11.B. *an in actione emti,* 21.12.A.
Iuramentum calumniæ, 21.3.C. *in quibus cauſis,* 21.4.A *& à quo* 21.4.D.
Iuramentum iudiciale quando locũ habeat, 21.9.C.
Iuramentum ſuppletorium, 21.10.A. *an in criminalibus.* ibid.
Iuramentum an deferat minor, 21.7.A. *an ſervus,* 21.7.E.
Iuramentum metu extortum, 21.2.C. *an opus abſolutione,* 11.4.B.
Iurandi formula, 21.1.A.
Iurans an præciſe obligetur ad factum, 23.10.B.
Iuris Etymologia, 1.1 D. *diviſio,* 1.2.C. & 1.3.B. & 1.4.B. & C. *origo,* 1.4.A. & B. *obiecta,* 2.1.A. *præcepta,* 1.3.A. *eius ſtudioſi,* 1.1 D.
Iurisdictionis nomen. 3.1.A. & B. & 3.2.A *definitio,* 3.1.C. *diviſio.* 3.7. *in prin. præſcriptio.* 3.7.C. *amiſſio,* 3.11.E. & ſeqq. *prorogatio,* 3.12.H. *exemtio,* 3.C.
Iurisdictio an augeatur alluvione, 3.7.E. *ea conceſſa, quid veniat,* 3.6.F.
Iurisdictio cumulative conceſſa, 3.6.F.
Iuriſprudentia quid, 1.2.A. *cur Philoſophia non ſimulata ibid. an recipiat formam artis.* Ibid.
Ius an mutabile, 1.4.D *publicum,* 1.3.B. *non unum,* 1.1.B.
Iuſtitia definitio, 1.1.B. & C.

L.

Læſus enormiſſime reſtituitur contra iuramentum, 6.7.E. & 25.5.C.
Legatus proconſulis, 2.4.E.
Legis actiones, 2.4.E.
Legitima nec ex Novell 1.15. *revera titulo Inſtitutionis,* 13.12.A *an quota bonorum,* 12.C. *qua actione petatur ibid. eius ſupplementum ibid an & qua aucta,* 2.9.E. *an minuatur per legata ad pias cauſas,* 13.16.C.
Legitimati per reſcriptum, 2.7.D.
Legitimati an ſuccedant in feudis, 2.6.F.
Legitimationis obiectum, 2.6.G. *& an ea requirat inſtru-*

inſtrumenta dotalia, 2. 6. *F. an ſufficiat tempore nuptiarum fœminam habilem eſſe, ibidem, an contingat in nepote ex matrimonio avi,* 2.7. *A.& an intercedente matrimonto medio* 2.7.B
Lex 15.1 Regia, 1.6. *A. in fin. ſingularis,* 1. 6. E. *an ſcriptura de eius eſſentia.* 1.5.B
*Libellus incertus an in actione pro dote.*4.11.A.*alternatiuus an in actione hypothecaria,*4.11 *B. vel ex cauſa* l.2.*C. de reſcind. vend. ibidem an & quando poſſit mutari,* 4.13. *B. an nomen actionis exprimendum,* 4. 19. *C, an cauſa remota vel proxima ibidem.*
Litem ſuam facere, 12. 14. C.
Literarum nulla obligatio, 20. 2. B.
Litis conteſtatio an pars iudicij, 12. 2. A. *an debeat fieri à præſentibus* 12. 2. C. *eius effectus,* 12. 2. B. *in quo poſita & quomodo fiat,* 12.2. A. *an per confeſſionem ibidem. an per reſponſionem ad poſitiones,* 4. 10. B. *an per dubitationem.* 14.15. C.

M.

Macedoniani renuntiatio, 20. 7. D.
Mandati diviſio. 27. 5. B. *ſolutio,* 27. 6. *eius actio contraria.* 27. 7. E. *an fiat poſt mortem,* 27.2. C. *an ſuper re incerta.* 27. 3. *A, an inducatur ex diuturnitate temporis,* 9. 9. D.
Mandati agit cuius intereſt, 27. 7. A.
Mandator vulneris ſequuto homicidio, 27.3. G,
Maſculus natura præſtat fæminæ, 1.1. C,
Medici cum ægroto pactio, 6.7. C.
Meretrix an petat promiſſum, 22.3. A.
Metu geſta an nulla, 28.2. F.
Minoris obligatio, 6. 5. C.
Minorum contractus firmantur iuramento, 11. 9. C, *& quid ſi ſint nulli,*11. 9. A. *an opus abſolutione, ibid.*
Miſcella lex, 8. 5. A.
Mixtæ actiones, 19.1. D.
Moræ effectus, 15.7. B,
Mulier an capax imperij, 8.2. A.
Mutui diſtinctio, 20.1. D,

N.

*Negotiorum geſtorum actio an concurrat cum actione comm. divid,*10.3. G. *& an hic præſtetur leviſſima culpa,*
Notoria an requirant citationem, 4.8. A.
Nummus ex iure gent. 28.1. E.
Nuptiæ ſecundæ, 8. 5. B.

O.

Obligatio an & quæ tollatur pacto, 6,9. A.& G.
Opera ſervi, 166. D.
Opiniones communes, 158.
Ordinarii remedii concurſus, 11.1. A.

P.

Pactum an nomen generis, 6.1. A. *eius effectus in obligatione producenda & tollenda,* 6.9. A.& G. *an producat actionem,* 6.9. B.
Pacta adiecta an & quando inſint, 6.10. A. *quæ ex iis actio,* 6. 10. C. *eorum varii effectus,* 6. 10 E.
Pacta nuda & veſtita. 6.1. E.
Pacta legitima an contractus, 6.2. B,
Partus ancillæ an in fructu, 15.10. A.
Partus ſeptem & octo menſium, 2.5. E.
Paſtus actio, 18.2. C.
Pater an ſine decreto alienet, 7.3. A.
*Patris poteſtas,*2.5. A.& B. *ex quo iure,*15.8 B. *eius tollendæ modi,* 2.12. D.
Partitiarius, 2.12. B.
Pecudem includere an liceat, 18 2. C.
Peculii an caſtrenſis ſalarium procuratoris, 9.13 D.
Periculum quia ſignificet, 24.3. H.& 29.6. H.
Periurii pœna, 21.9. B.
Permutatio an in re aliena, 30.3. C. *cur contractus innominatus,*30.4. A. *an idem quod contractus do ut des,* 30.6. A,
Perſonæ appellatio, 2.1. B.
Plebiſcitum an lex, 18.4. B.
Pœnæ mitigatio ex ſexu, 2.1. C.
Pollicitatio quid, 6.1. B,
Popularium actionum pœna cuius ſit, 4.9. B.
*Præteritio paterna,*13.1. B. *materna,* ibid.
Precarii actio, 24.5. C.
Primogeniti ius, 19.16. A.
*Princeps obligatur,*6.7. B. *eius poteſtas,* 1.5. H. *in alienandis ſubditis,*2.3. F. *an ſolutus legibus,*1.6. A. *an eius contractus ſit lex,* 1.5.5.
Principum Germaniæ dignitas & poteſtas, 3. 6. E. *&* 23.1. C.
Privilegium, 1.6. E.& G.
Proceſſus veteris mutatio, 4.2. A.
*Procurator an poſſit eſſe minor,*8.1. E. *an reus criminis,*9. 6. E. *an infamis* 9.6. F.
Procuratoris contumacia An obſit domino & an huic reſtitutio detur, 9.12.
Procurator in rem ſuam ex neceſſitate & an defendat dominum, 9.1. A.
*Procurator an appellet & proſequatur,*9.3. C. *poſt litem cont. datus an ſubſtituat,* 9 3. A.
Procuratoris generalis poteſtas, 7.2. C.
*Prodigus an lege,*6 5. D. *eius obligatio,* ibid.
*Prorogatio quando inducatur,*12. 10. A. *eiuſmodi & ſpecies,*3.7. E. *obiectum, ibid. an habeat locum in iudice delegato,* ibid.

Prorogatio tacita, 3.12.H.& 11.10.C.
Procurator qua actione teneatur, 10.3.A.
Pubertatis ex inſpectione probatio, 8.1.E.

R.

Ratihabitionis effectus, 10.6.B.
Reconventio, 25.13. *an in criminalibus,* 25.13.C.
Reductionis remedium, 29.3.E.
Regnum obtinet maior natu, 19.16.A. *antenatus, an patruus,* ibidem.
Rei vindicatio an ſtricti iuris, 14.4.D. *an detur ei cuius pecunia res emta eſt,* 15.6.D. *& an contra eum qui dolo deſiit poſſidere,* 11.18.B.
Remiſſiones reorum, 3.8.F.
Renuntiatio filiæ, 6.8.G. *An obſtet liberis,* ibid.
Renuntians filia an poſſit præteriri, ibid.
Reſciſſoria actio an perpetua, 11.17.C.
Reſciſſorium & reſcindens, 11.1.2.
Reſolutiva pacta & conditiones, 28.9.&10.
Reſpublica reſtituitur, 11.8.H.
Reſponſa prudentum, 1.7.A.C.&D.
Reſtitutio quid, 11.1.B. *an remedium reale,* 11.2.D. *an proſit fideiuſſori aut litis conſortibus,* ibid.
Reſtitutio ubi tractanda, 11.1.D. *intra quod tempus,* 11 3.A. *& quando hoc currat,* 11.3.B. *an bis vel ſemel negata detur.* 11.1.E.
Reſtitutio adverſus ſolutionẽ, 11.11.C. *præſcriptionẽ,* 11.12. A. *delictum,* 11.12.C. *parentem,* 11.13.A.
Reſtitutio reponit quantum ablatum, 11.13.E.
Retractus an habeat locum in uſufructu, 16 10.A.
Retrovendendi pactum, 28.10. *an ei præſcribatur,* 28.10.D.

S.

Salarium an & qua actione petatur, 9.13.& 27.1.E. *an ſit quaſi caſtrenſis peculii,* 9.13 D. *an tranſmittatur ad hæredes,* 8.3.C.
Satisdatio an fiat per pignora, 5.2.A. *an à locuplete,* 5.7.A.
Senatus conſulta, 1.5.G. *eorum autoritas,* 25.1.A.
Sententia ferenda in procuratorem. 9.10.F.& *quid ſi lata ſit contra falſum procuratorem,* 9.9.D. *an pro ea lata poſſit rata haberi,* 9.4.C.
Sententia an ferenda ſuper incidenti, 12 13.B.
Sequeſtratio quid, 26.8. *neceſſaria,* 26.11.
Sequeſter an teneatur rei vindicatione, 15.4.C.
Servi unde dicti, 2.3.A. *an ſine domino.* 2.2.B. *an hodie aliqui.* 2.2.F.& 18.5.B. *eorum duplex conſideratio,* 2.1.B.& *apud varias gentes conditio,* 2.2.F. *quomodo tractandi,* ibidem.
Servitus contra naturam, 2.2.8.
Servitutum diſtinctio, 17.1.B. *oppignoratio,* 17.12.B. *interitus* 17.16.C. *uſucapio,* 17.8.A. *& an in hac titulo vel ſcientia opus.* 17.9.B. *& an propter eas nuntietur novũ opus,* 17.11.B. *an debeant eſſe utiles,* 17.10.B *& an inter vicina prædia,* 17.8.B.
Servitutes an conſtituantur ſub conditione, 17.7.A. *an à ſocio,* 17.6.B *in cõſtitutis cuius electio,* 17.7.C.
Servitus altius tollendi, 17.2.D. *luminum,* 17.3.A.
Servitutem an imponat proprietarius, 16.10.D.
Societas an tacite cõtrahatur, 27.8 F. *eius partes,* 27.8.D. *generalis imputatur dos,* 27.8.H. *eius ſolutio,* 27.9.B.
Statu liberi pœna, 2.2.C.
Statuta, 1.10. *eorũ effectus circa ſucceſſiones,* 1 10.E.
Stellionatus, 8.6.C.
Succeſſoria pacta improbata, 6.8.A *reciproca,* 6.8.B. *negativa,* 6 8.F.
Suſpecti judicis cauſa an exprimenda, 12.11.F.

T.

Tabularii an ſervi, 2.2.D.
Titulus pro hærede, 14.4.C.& 14.17.E. *pro poſſeſſore,* 14.16.D.
Tranſactio quid, 7.1.A.& D. *ſuper cauſa ſtatus,* 7.4.A. *teſtamẽti* 7.4.E. *crimine,* 7.5.& *an hac præiudicet magiſtratus,* 7 5.D. *an fiat nudo pacto,* 7.1.E. *an poſt concluſionem cauſæ,* 7.4.B. *an reſcindatur ob læſionẽ,* 7.6.C. *& quid ſi ex falſis inſtrumentis,* 7.6.C.
Tranſigere an poſſit procurator generalis, 7.2.C. *an Cæſaris ibid. an Syndicus,* 7.2.D. *an tutor,* 7.2.E. *an pater,* 7.2.A *an vaſallus,* 7.3.D.
Turpitudo cauſa an faciat conventionem nullam.
Turpitudo ſolius dantis, 22.3.F.

V.

Velleiano an renuntietur, 25.4.E.
Venditor præciſe tradere non cogitur, 28.2.C.
Veritas duplex, 1.1.B.
Virilis toga, 8 1.F.
Vocatio in ius an manu iniecta, 4.1.B.& 46.C.
Vſusfructus cauſalis, 16.1.B.
Vſusfructus an ſine uſu, 16.8.B. *quando cedat,* 16.3.C. *eius actio* 16.7.A. *An tranſeat ad hæredes,* 16.1.A *an amittatur per non uſum,* 10.14.H.
Vſufructuarij ius duplex, 16.10.A. *an præſtet tributa,* 16.13.B. *an repetat impenſas,* 16.13.A. *an ſolvat æs alienum,* 16.3.G. *an poſſit transferre ius ſuum,* 16.10.A. *an vindicare ſervitutes,* 16.7.C. *an nuntiare novum opus,* 16.12.
Vſufructuaria cautio an remitti poſſit, 16.6.D.
Vſusfructus quaſi an in veſtimentis, 16.6.A. *an de eius eſſentia cautio,* 16 5.E. *an conſtituatur contractu,* 16.2.1.
Vſuræ ex mutuo, 6.1.D.
Vtile & honeſtum differunt, 1.3.C.

INDEX.

Digitized by Google

INDEX

Legum & §§.quibus hoc opere lux aliqua illata eſt.

L.7.d.ll 1.3.
L.32.eod.tit.1.9.F.& G.
L.pen.eod 18 4.B.
L.17.d.ſtat.hom.2.4.C.
L.3 d.iuriſdict.3.4.B.& 3.4.A.
L.18.eod.3.12.A.
L.un.ſi quis ius dicenti.4.9.D.
L.8.in pr.qui ſatud cog.5.1.B.
L.15.in pr.eod.5.2.C.
L.1.d.feriis 6.9.D.
L.22.d.pact.6.4.D.
L.27.§.2.eod.6.9.A.& 6.11.A.
L.1.d.tranſact.7.1.E.
8.7.eod.7.4 E.
L.1.§.3 qui notantur infam.8.5.C.
L.20.eod.8.6.B.
L.8.§.ult.de neg.geſt.10.6.C.
L.9.& 1:).eod.10.6.A.
L.29.eod.10.2.D.
L.38.eod.10.4.A.
L.47.eod.10.5.A.
L.1.§.3.d.calumniat.7.5.A.
L.5.& 7.eod.10.7.C.
L.ult.eod.10.7.D.
L.21.in prin.quod metus cauſ.2.3.D.
L.7.in pr.d.dol mal.28.2.F.
L.7.in pr.d.cap.minut.11.16.B.
L.39.ex quibus cauſ.maior.11.17.A.
L.38.d.iud.3.8.G.
L 65.eod.3.8.C.& D.
L.77.eod.3.8.A.& 12.7.F.
L.19.d.inoff.teſt.14 9.C.
L.13.§.4.d petit.hered.14.4.C.
L.38.eod.14.19 C.
L.ult.eod.14.9.A.
L.48.de rei vind 14.19.A.
L.57.& 58.eod.14.10.
L.68.eod.15.10.D.
L.9.§.4.d.publ.act.15.2.E.
L.4.d.uſufr.16.1.G.
L.19.eod.16.15.E.
L.36.§.1.eod.16.14 d.
L.22.d.uſ.& habit.16.16.C.
L.4.d.ſervit.17.7.A.
L.8.eod.17.5 C.
L.9.eod.17.7.B.
L.14.eod.17.8.A.
L.4.d.ſervit.urb.præd.17.3.A.
L.21.eod 10.2.C.
L.2.d.ſervit.ruſt.præd.17.1.B.
L.eod.17.5.A.
L.23.§.ult eod.17.10.A.
L.ult.comm.præd.17.6.B.
L.6.§.1.quemadm.ſervit.amitt.17.18.
L.29.§.2.ad Aquil.18.5.C.
L.13.fam.ercif.19.9 D.
L.4.d.interrogat in iur.4.21.D.
L.40.de reb.cred.6.11.B.
L.1.d.in lit.iurand.21.6.B.
L.ult.d.condict.cauſ.dat 22.2.D.
L.7.condict.ob turp.cauſ.22.3.F.
L.16.d.condict.indeb.22.5.C.
L.21.eod.22.4.B.
L.38.eod 22.9.B.
L.40.eod 22.4.H.
L.2.§.idem Iulianus d.eo quod cert.loc.23 6.B.
L.4.eod.23.6.A.
L.13.commodati 10.2.F.
L.17.§.2.d.inſtit.act.24.7.E.
L 7.§ ult.ad SCtum Macedon.20.8.A.
L.9.§.7.d.pecul.2.3.F.
L.32.depoſiti 10.5.C.& 26.2.A.
L.26.eod.26.5.C.
L.27.eod.26.6.
L.24.§.ult.ad Velleian.25.6.D.
L.12.& 15.mandati 27.6.C.
L.22.§ 1.mandati 27.2.A.
L.3.& 4.mandati 27.7.H.
L.29.& 30.pro ſocio 27.9.B.
L.79.eod.29.3.F.
L.34.in pr.d.contrah.emt.6.11.B.
L.72.in pr.eod.6.10.F.
L.3.d.reſcind.vendit.6.10.A.
L.8.§.ult.d.pericul.& commod.6.4.B.
L.21.§.3.d.action.emt.28.7.E
L.20.& 21.locati 29.2.C.
L.41.eod.24.2.E.
L.1.in pr.& §.ult.d.rer.permut.30.D.
L.5.§.at cum.do d.præſcript.verb.30.10.
L.17.§.1.eod.30.2.1.

Digitized by Google

L.24.d probat.6.3.B.
L.43.§ pen.d.rit.nupt.8.5.C.
L.66.d.iur.dot.16.10.A.
L.25.§.ſolut.matrim.20.2.E.
L.1.d.curat furioſ.6.5 D.
L.26.d.uſufruct.legat.16.14.A.
L.14 §.ult.d.alime.leg.27.5.B.
L.23.d.damn.in fect.10.3.H.
L.29.d.ſtat.liber.28.1.B.
L.ult.d.Collat.2.5.H.
L.48 §.1.d.acq.rer.dom.15.12.D.
L.10.§ 3.d.uſucap.17.8.A.
L.33.§.1.eod.14.16.D.
L.11.§.12.quod vi aut clam.28.9.C.
L.12.d.precar.6.10.F.
L.34.d.obligat.& action.18,10,I.
L.6.d.V.D.6.5.D.
L.56.§.1.eod.6.6.F.
L.98.eod.17.7.A.
L.25.d fideiuſſ.6.5.
L.4.d.novation.6.4.B.
L.24.eod.14.1.D.
L.ult.d ſolut 27.6.C.
L.8.in pr.d.acceptilat.23 7.B.
L.2.§.3.d privat.delict.22.13.G.
L.61.§.5.d furt.27.7.f.& 29.7.A.
L.4.d.public.iudic.18.10.H.
L.6.§.1.d.interd.& releg.3.6.C.
L.26.ad municipal.3.4.C.
L.5.§.3.d.extraord.cogniti3.5.E.
L.77.d.reg.iur.27.4.B.
L.123.eod.2.4.E.& 27.4.A.

Ex Codice.

L.ult.d.pact.6.8.C.
L.ſi quis maior.41 de tranſac.8.5.K.
L.6.d.procurat.9.6.E.
L.pen.ex quibus cauſ.infam.8.5.E.
L.ult.d.dol.11.7.F.
L.3.C.d.reſtit.minor.6.5.C.
L.un.ſi in communi cauſ.11.2.D.
L.petenda.d.tempor,in integr.reſtit.5.10.C.

L.ult.eod.11.3.A.
L.ult.ubi & apud.quem.11.1.C.
L.ult.qui & adverſus quos.11.13.A.
L 8.d.iudic.1.2.B.
L.2 d.iuriſd.3.8.C.
L.2.D.pedan.iud.12.7.F.
L.1.d.ord.iudic.ibid.
L.2.d.petit hered.14.4.C.
L.11.eod.15.3.E.
L.14.de rei vind.14.13.D.& E.
L.22.eod.15.11.D.
L.14.d.uſufr.16,14.A.
L.pen.eod.16.7.A.
L.ult.d.reb.cred.21.8.B.
L.1.d.oblig.& Act.9.1.A.
L.ult.d.compenſ.15.7.C.
L hac edictali d.ſecund.nupt.8.5.B.
L.pen.ad SCtum Orphitianum.13.12.C.
L.2 d annal.except.11.17.A.
L.1.d.appell.12.13.A.
L.ult.unde vi.14.4.
L.3.de pign.11.5.C.
L.5.d.contrah.ſtip.7.6.C.
L 2.quæ ſit longa conſuetudo.1.9.F.& G.
L.pen.in pr.d.adopt.2.10.A.
L.1.d.donat.15.2.G.
L.4.ad Iuliam repetend.4.6.B.
L.3.d.bon.proſcr.16.15.G.

Authentica ſacramenta C ſi adverſus ~ 9.C.
Auth.ex cauſa.C.d liber.præter.13.1.B.

Ex Inſtitutionibus.

§.conſtat.I.d.iur.natur.1.5.B.& E.
§.ult.d.iur perſ.2.3.E.
§.ſi vero.4.verſ.alia d.ſatiſdat.5.4.B.
§.2.I.d.uſufr.16,16.A.
§ aque.I.d.act.17.13.B.
§.de illa 2.de ſocietate.27.9.B.
§.ult.mandati.27.1.E.

FINIS.

Digitized by Google

C.
i.A.

12.C.

7G.

in w

Digitized by Google

Digitized by Google

Car una ſvim al principio

B81 ~~C 87~~

Digitized by Google

Digitized by Google